

LA APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE RIESGO REGULADORIO AL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES (*)

ÁNGEL GARCÉS SANAGUSTÍN

SUMARIO: I. LA REFORMA ESTRUCTURAL DEL SECTOR ELÉCTRICO: LA QUIEBRA DEL MODELO ANTERIOR: 1. El Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico. 2. Su plasmación en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.– II. FORMACIÓN Y EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE «RIESGO REGULADORIO».– III. LÍMITES AL CONCEPTO DE RIESGO REGULADORIO: 1. Límites generales y su posible incumplimiento. 2. La versátil regulación del «período regulatorio». 3. El extraño concepto de la «rentabilidad razonable». 4. Riesgo regulatorio y riesgo industrial: el trampantojo de la nueva regulación. 5. Riesgo regulatorio y regulación administrativa y fiscal: la homogeneidad en un Estado complejo. 6. Riesgo regulatorio y vulneración de la garantía relativa a la no regresión de derechos. 7. Riesgo regulatorio e irretroactividad. 8. Riesgo regulatorio e interés general: la interdicción de la arbitrariedad a la luz del sistema de ayudas del Derecho comunitario, de la protección del medio ambiente y de la planificación. 9. La espinosa cuestión del déficit de tarifa. 10. La igualdad como cláusula de cierre del sistema: la detección de desigualdades no razonables.– IV. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS TÍTULOS HABILITANTES Y LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS TITULARES DE LOS MISMOS: 1. La variable naturaleza jurídica del viento. 2. La desnaturalización de los títulos habilitantes que permiten el aprovechamiento de la energía eólica. 3. La indefinición de la situación jurídica derivada del otorgamiento de los títulos habilitantes: ¿ni resarcimiento de perjuicios ni equilibrio económico-financiero?– V. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿ESTAMOS ANTE UN ABSURDO KAFKIANO O ANTE EL TÍPICO ESPERPENTO ESPAÑOL?

RESUMEN: En los últimos años se ha producido en España una reforma estructural del sector eléctrico, que ha supuesto una reducción drástica del sistema de ayudas que reciben las empresas del sector de las energías renovables. Dicha reducción se ha apoyado en el concepto de «riesgo regulatorio», de origen jurisprudencial. El objeto de este trabajo consiste en fijar los límites inherentes a dicho concepto, con el fin de evitar una vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. La

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 2 de septiembre de 2014 y evaluado favorablemente para su publicación el 19 de septiembre de 2014.

transgresión de dichos límites podría suponer la aparición de un supuesto de responsabilidad del Estado-legislador.

Palabras clave: riesgo regulatorio; sectores regulados; liberalización; energías renovables; seguridad jurídica; principio de confianza legítima; responsabilidad patrimonial del Estado-legislador.

ABSTRACT: The electrical energy sector in Spain has been structurally reformed lately, so that the financial aid to the renewable energy companies has been drastically reduced. Said reduction has been substantiated in the case-law concept of «regulatory risk». The purpose of this paper is to lay down the scope of said concept, in order to avoid a breach of both principles of legal certainty and legitimate expectations. Overriding said scope might arise the State liability for wrongful lawmaking.

Key words: regulatory risk; regulated industries; liberalization; renewable energies; legal certainty; principle of protection of legitimate expectations; State liability for wrongful lawmaking.

I. LA REFORMA ESTRUCTURAL DEL SECTOR ELÉCTRICO: LA QUIEBRA DEL MODELO ANTERIOR

1. El Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico

El artículo 86 de la Constitución regula la figura del Decreto-ley y ofrece al Ejecutivo un amplio margen de maniobra para aprobar «disposiciones legislativas provisionales». Su emanación se encuentra supeditada a la concurrencia de la situación de extraordinaria y urgente necesidad, cuya apreciación queda en manos del propio Gobierno, y a la prohibición de regular determinadas materias.

El problema fundamental es la apreciación del requisito formal, de los presupuestos habilitantes, de los conceptos constitucionales indeterminados de la «extraordinaria y urgente necesidad» (1). Se ha reconocido al Ejecutivo en este caso un amplio margen de discrecionalidad de carácter político. Ello no obsta para que el Tribunal Constitucional pueda, en supuestos de uso abusivo o arbitrario, «rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de un Decreto-ley por inexistencia del presupuesto habilitante por invasión de las facultades reservadas a las Cortes Generales por la Constitución» (SSTC 11/2002, de 17 de enero, 137/2003, de 3 de julio, y 68/2007, de 28 de

(1) Véase al respecto GÓMEZ LUGO (2013: 108-111).

marzo). En todo caso, la fiscalización por parte del Tribunal Constitucional no deja de ser un control externo que *«debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno y al Congreso de los Diputados en el ejercicio de la función de control parlamentario»* (SSTC 182/1997, de 28 de octubre, y 11/2002, de 17 de enero).

Quizás, uno de los pronunciamientos más nítidos al respecto se encuentra en la STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 3º, donde se dice que *«el juicio sobre la regularidad constitucional de la cláusula de la «extraordinaria y urgente necesidad» ha de superar un doble canon. El primero consiste en la identificación por el Gobierno de manera clara, explícita y razonada de la concurrencia de esa singular situación, la extraordinaria y urgente necesidad, determinante de la aparición del presupuesto que le habilita para dictar con carácter excepcional unas normas dotadas de los atributos del rango y la fuerza propios de las leyes formales. El segundo canon se concreta en la existencia de una conexión de sentido o relación de adecuación entre ese presupuesto y las medidas contenidas en la norma de urgencia, de modo que éstas, como igualmente ha razonado la jurisprudencia constitucional, han de guardar «una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar».*

Recientemente, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de delimitar aún más el alcance de la potestad normativa excepcional del Gobierno al establecer que la situación de necesidad que se pretende afrontar con las medidas adoptadas no puede justificarse únicamente en razones de tipo estructural. En concreto, ha afirmado que *«cuando la necesidad alegada por el Gobierno para aprobar el Decreto-ley sea estructural, y no coyuntural, y salvo en situaciones especialmente calificadas por notas de gravedad, imprevisibilidad o relevancia, no alcanza por sí misma a satisfacer el cumplimiento de los estrictos límites a los que la Constitución ha sometido el ejercicio del poder legislativo del Gobierno. Lo contrario supondría excluir prácticamente en bloque del procedimiento legislativo parlamentario el conjunto de la legislación laboral y de Seguridad Social, lo que obviamente no se corresponde con nuestro modelo constitucional de distribución de poderes»* (STC 68/2007, de 28 de marzo). Resulta llamativo que este argumento haya sido reconocido precisamente en dos de las escasas resoluciones en las que el Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de los decretos-leyes impugnados (SSTC 68/2007, de 28 de marzo, y 137/2011, de 14 de septiembre) (2).

Sin embargo, ha sido frecuente que el Tribunal Constitucional permitiera la subversión de las limitaciones inherentes a los presupuestos habilitantes que permiten adoptar la figura excepcional del Decreto-ley, provocando que

(2) En relación a la STC 68/2007, de 28 de marzo, puede consultarse DÍAZ DE MERA RODRÍGUEZ (2011: 146-154)

esta figura se prodigara mucho más allá de lo inicialmente previsto y querido por el poder constituyente. Es verdad que el poder de control de conceptos jurídicos indeterminados como «extraordinaria y urgente necesidad» por parte del Tribunal Constitucional es menor que el que poseen los jueces y tribunales ordinarios ante conceptos similares contenidos en las leyes. No hemos de olvidar el plus de libertad que posee el legislador a la hora de desarrollar la Constitución. Evidentemente, la Administración está mucho más constreñida que el legislador cuando acomete la tarea de interpretar y aplicar una norma.

Todo ello ha provocado que existiera un uso abusivo de la figura del Decreto-ley. En el año 2012, en el ámbito estricto del Estado, se aprobaron 29 decretos-leyes frente a 17 leyes ordinarias. Algunos de esos decretos-leyes han afectado al sector eléctrico, que se ha visto sumido en esta marejada de incertidumbre y provisionalidad (3).

Mas tampoco debemos olvidar que, con el abusivo recurso al decreto-ley, los gobiernos tratan de blindarse ante la posibilidad de interposición de recursos de los ciudadanos afectados por la medida, lo que ocurre en el caso del dictado de simples actos administrativos o de la aprobación de normas reglamentarias (4).

Apriorísticamente, el Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sector eléctrico no invade el núcleo esencial de materias vedado a esta figura ni el presupuesto habilitante exigido. Ahora bien, dicho Decreto-ley contiene una serie de elementos que es preciso apuntar en este momento, con independencia de su análisis y desarrollo posterior. Sucintamente, son los siguientes:

(3) El desasosiego legislativo que padecemos se pone de manifiesto en el Real Decreto-Ley 19/2012, de 25 de mayo, que aborda temas tan inconexos como las licencias comerciales y la exportación de armas y que modifica, de paso, los Reales Decretos Leyes 12/2012, de 30 de marzo, que se aprobó cincuenta días antes, 16/2012, de 20 de abril, aprobado un mes antes, y 18/2012, de 11 de mayo, que solo llevaba en vigor quince días. Eso sí, el anterior gobierno batió el récord al modificar y derogar algunas disposiciones de la ley de presupuestos del 2011 antes de que entrara en vigor, mediante el Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre. Hemos llegado, por tanto, al paroxismo de pretender derogar algunas normas antes de que entren en vigor. Algunos dirán que es un signo inequívoco de improvisación. Sí, pero de algo más. En 1995, el peor año de la anterior crisis económica, únicamente se aprobaron doce decretos-leyes, lo que evidencia que estamos parcialmente intervenidos. Ahora bien, este desquiciamiento normativo alcanza su cenit en la corrección de errores del Real Decreto Ley 16/2012, que ocupa cinco páginas del BOE de 15 de mayo. Bien podría afirmarse que todo este desaguisado entronca con nuestra mejor tradición legislativa en periodos de guerra, ya que la primera vez que se le dio a Francisco Franco el título de jefe del Estado fue en una corrección de imprenta de la gaceta de la época.

(4) Véase al respecto ARANDA GARCÍA (2013: 353)

- i) Recorte drástico del sistema de ayudas que llega a las energías renovables, como consecuencia no tanto de una crisis específica del sector eléctrico como de la crisis financiera general que afecta al país.
- ii) Eficacia retroactiva de algunas de sus disposiciones y, especialmente, las relativas al cálculo de la retribución específica que deben percibir los productores de electricidad a partir de fuentes de energías renovables.
- iii) Carácter estructural de la reforma y de la redefinición completa del sistema.
- iv) Búsqueda de una sostenibilidad económica y financiera del sistema, con independencia de las cuestiones relativas a la sostenibilidad energética y a los objetivos establecidos por la normativa comunitaria.

2. Su plasmación en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico

La Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante, LSE) constituye el punto de partida para la normativa que vamos a analizar, ya que da la correspondiente habilitación al gobierno para su desarrollo reglamentario, que se ha concretado en el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos y en la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

Ahora bien, la LSE supone también un punto de llegada, dado que parte de su regulación no puede entenderse sin la cascada de decretos-leyes anteriores que conllevaron una modificación permanente y vertiginosa de los parámetros jurídicos aplicables a este sector económico. A tal efecto, cabe recordar que la LSE da continuidad de las principales medidas de restricción, especialmente las ligadas al Real Decreto-Ley 9/2013, de las retribuciones a cargo del sistema eléctrico, que podrán suponer la pérdida de la retribución con efectos desde julio de 2013 para las instalaciones de producción de electricidad mediante fuentes renovables que hayan alcanzado con anterioridad a esa fecha la retribución que el Estado considera razonable (un 7,39% antes de impuestos).

En realidad, la LSE se apoya en el principio de sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico, como regla de equilibrio necesario de los ingresos y costes del sistema eléctrico, que condiciona todas las actividades destinadas al suministro eléctrico. Mas dicho principio, vinculado a los problemas derivados del llamado déficit de tarifa, subyace en el conjunto de medidas normativas anteriores que modelan la ley del sector eléctrico.

Recordemos que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 14 y en la Disposición Final 3ª de la LSE, la retribución de las actividades reguladas y, en su caso, la retribución de la producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos (ahora llamada régimen retributivo específico) y de la producción en territorios no peninsulares (llamada régimen retributivo adicional) se basarán en unos parámetros cuya vigencia se extenderá durante todo un período regulatorio de seis años, que será revisado, antes del comienzo de cada período regulatorio.

Por otro lado, y como ya hemos indicado, la LSE insta en el sistema eléctrico, de modo formal, el principio de su sostenibilidad económica y financiera, que se define como la capacidad del sistema eléctrico para satisfacer la totalidad de los costes con sus ingresos, y condiciona la actividad de todos los sujetos del sistema eléctrico. La primera consecuencia de este principio es que toda medida normativa en relación con el sector eléctrico que suponga un incremento de costes para el sistema eléctrico o una reducción de ingresos deberá incorporar una reducción equivalente de otras partidas de costes o un incremento equivalente de ingresos que asegure el equilibrio del sistema.

Pues bien, llegados a este punto, es preciso recordar que este principio no está recogido en las Directivas comunitarias aprobadas en los últimos años que se apoyan también en el concepto de sostenibilidad, pero de sostenibilidad energética mediante el fomento de las energías renovables y la eficiencia energética. Es decir, la Unión Europea está preocupada por la sostenibilidad ambiental, que se puede lograr mediante el fomento de las energías limpias, que garantizan una mayor diversificación de las fuentes energéticas y también la minoración de la dependencia respecto al exterior, la eficiencia energética y la calidad y seguridad en el suministro. Dicho de otro modo, la estrategia energética de la Unión Europea tiene como prioridades la reducción de las importaciones energéticas y la eliminación de las emisiones de CO₂ con mayores objetivos de eficiencia energética y de consumo de renovables, que se consideran además un factor de reactivación económica.

La excepcional y crítica situación de la economía española ha sido más relevante a la hora de configurar muchos preceptos de la LSE que los principios y objetivos impuestos por el Derecho comunitario.

Todo ello provoca uno de los graves errores conceptuales contenidos en la Ley. El artículo 19.1 establece que:

«Se entenderá que se producen desajustes temporales entre ingresos y costes del sistema eléctrico si como resultado de las liquidaciones de cierre del sistema eléctrico en un ejercicio resultara un déficit o superávit de ingresos.»

Tras la expresión «desajustes temporales» se solapa un problema, que es estructural, cual es la financiación del sistema, que pone de manifiesto los muchos errores cometidos con anterioridad. Lo que el artículo 19 de la LSE recoge, en el fondo, es la conversión de los agentes privados en financiadores forzosos del déficit del sistema que, sorprendentemente, es hoy un déficit público o, por lo menos, un déficit con consecuencias para las cuentas públicas.

A mayor abundamiento, y habida cuenta de que esta cuestión suele pasar desapercibida, recordemos que la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, sobre fomento del uso de la energía procedente de fuentes renovables, establece un objetivo nacional obligatorio a conseguir en cuanto al mínimo de energía a utilizar en el transporte que proceda de estas fuentes. Así, dicho objetivo nacional se concreta en la obligación de que cada Estado miembro logre que la cuota procedente de las energías renovables en todo tipo de transporte alcance como mínimo el 10% del consumo final en el año 2020. Para el cálculo de dicho objetivo se tendrá en cuenta la cantidad total de gasolina, diesel y biocarburantes consumidos en el transporte por carretera y ferrocarril y la electricidad, así como todos los tipos procedentes de fuentes renovables consumidas en todo tipo de transportes.

En la materia que nos atañe, y como ya hemos indicado, la LSE ha sido desarrollada por el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, que regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Pues bien, las dudas que suscita el citado Real Decreto se incrementan con la publicación de la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Dicha Orden ministerial ocupa 1.761 páginas del BOE, lo que da una idea de su complejidad, a pesar de no agotar el régimen jurídico aplicable a esta materia, tal como se desprende de la Orden IET/1459/2014, de 1 de agosto, por la que se aprueban los parámetros retributivos y se establece el mecanismo de asignación del régimen retributivo específico para nuevas instalaciones eólicas y fotovoltaicas en los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares. Sobre los aspectos más controvertidos de estas normas reglamentarias haremos referencia en los siguientes epígrafes.

II. FORMACIÓN Y EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE «RIESGO REGULATORIO»

El concepto de *riesgo regulatorio* es un concepto de factura jurisprudencial y tiene sentido en el marco o contexto de los llamados «sectores regulados». El riesgo regulatorio viene determinado por una situación de inestabilidad o

incertidumbre en un sector económico regulado (5). Dicha inestabilidad viene marcada por el paso de una situación de monopolio, estable y previsible por naturaleza, a una situación de libre mercado en la que intervienen nuevos sujetos y condicionamientos. Las reglas de un monopolio, en la medida en que tan solo atañen al único agente autorizado para desarrollar la actividad, suelen tener naturaleza estatutaria, al modo de reglas internas de la entidad que ejerce el monopolio, sin apenas trascendencia para terceros. En esos casos hay poco lugar para la incertidumbre. Con la apertura del mercado a la iniciativa privada desaparece la anterior estabilidad burocrática. La reglamentación estatutaria pasará a ser sustituida por un derecho constituido por normas jurídicas de diverso rango y alcance; normas muy especializadas, dirigidas en buena medida a imponer límites y condiciones que eviten el regreso a una situación de monopolio.

Para ello, las autoridades reguladoras del sector en cuestión habrán de tener muy en cuenta la realidad económica y tecnológica que determina la evolución del mercado. Pues bien, lo cierto es que esa realidad del mercado que determina la regulación a aplicar no suele ser en absoluto estable, sobre todo en los inicios de los procesos de liberalización. Todo lo contrario. Se trata de un contexto muy cambiante, lo cual va a producir la necesidad recurrente de efectuar correcciones, ajustes y, en algunos casos, cambios bruscos de rumbo, sobre todo en los sectores más condicionados por las evoluciones tecnológicas y económicas, prohibiéndose entonces determinados comportamientos de los agentes del mercado o, en caso contrario, promoviendo o premiando otros. Es aquí cuando surge el llamado «riesgo regulatorio», como riesgo a un cambio normativo que puede perjudicar en un momento dado los intereses y estrategias de los agentes y operadores de los mercados especialmente sometidos a esa incertidumbre que se comenta. Ese riesgo, como veremos, dadas las características de los sectores regulados, se considera por nuestro Tribunal Supremo como una carga que los referidos agentes del mercado tienen en principio la obligación de soportar, suponiendo una excepción a la aplicación del principio de seguridad jurídica.

El concepto ha sido formulado y configurado en nuestro país por el Tribunal Supremo al resolver recursos en sede de lo contencioso-administrativo formulados contra la introducción de nuevas reglas o modificaciones normativas en el sector regulado de la energía. La primera vez que la Sala Tercera del Tribunal Supremo utiliza esta noción del riesgo regulatorio es en la Sentencia de 11 de junio de 2001 (6), en la que se resuelve un recurso en materia de los conocidos Costes de Transición a la Competencia en el sector de la energía,

(5) RODRÍGUEZ BAJÓN (2012: 195)

(6) ROJ 4941/2001. El ponente fue Manuel CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA.

caso paradigmático de una situación de cambio e inestabilidad en un mercado que modifica su estatus legal.

Dice el Tribunal Supremo en la referida sentencia (FJ 8.º) que:

«Todo proceso de liberalización de sectores hasta entonces cerrados a la competencia genera, por su propia naturaleza, determinados inconvenientes o «perjuicios» para los operadores económicos preexistentes, pero no por ello existe una obligación de que el Estado asuma el pago de los derivados del cambio en el modelo regulatorio cuando, paralelamente, la nueva reglamentación permite la subsistencia de los antiguos operadores —quienes, en ocasiones, aún continúan ostentando durante los años que dura el período transitorio una posición de dominio del mercado— en paridad con los nuevos. La mera «transición» al régimen del mercado competitivo no ha sido, de hecho, en gran parte de los sectores liberalizados causa de reconocimiento de la obligación de compensar los costes de ella derivados. Por lo demás, las empresas que actuaban en regímenes cerrados eran conscientes, o debían serlo, de que existía, al menos desde 1986 en que el Reino de España se adhirió a las Comunidades Europeas, un cierto «riesgo» regulatorio de que el mercado eléctrico se abriera a la competencia. A lo largo de once años (1986-1997) la previsibilidad del cambio del régimen jurídico hacia un modelo más competitivo, sobre la base de los principios inspiradores del mercado interior comunitario, no podía ser ignorada por unas empresas que, aun cuando solo fuera por la calidad de sus servicios internos, y, en todo caso, por sus relaciones con el poder regulador (de la que son buena muestra los sucesivos protocolos firmados con los Ministerios respectivos, a uno de los cuales nos hemos referido) estaban en condiciones idóneas para prever la evolución futura de aquel régimen jurídico».

La argumentación sobre el riesgo regulatorio se trae a colación en una posterior sentencia de 25 de octubre de 2006 (7), en la que se precisa (FJ 3.º), esta vez utilizando el concepto en plural, que:

«Las empresas que libremente deciden implantarse en un mercado como el de generación de electricidad en régimen especial, sabiendo de antemano que es en gran parte dependiente de la fijación de incentivos económicos por las autoridades públicas, son o deben ser conscientes de que estos pueden ser modificados, dentro de las pautas legales, por dichas autoridades. Uno de los «riesgos regulatorios» a que se someten, con el que necesariamente han de contar, es precisamente el de la variación de los parámetros de las primas o incentivos, que la Ley del Sector Eléctrico atempera —en el sentido antes dicho— pero no excluye».

La misma argumentación se repetirá en la inmediata sentencia de 20 de marzo de 2007 a la hora de desestimar la impugnación de un Real Decreto referido a la modificación del cálculo de primas dirigidas a fomentar la pro-

(7) ROJ 6317/2006. También fue ponente Manuel CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA.

ducción energética (8). Esta idea del riesgo regulatorio, como concepto capaz de difuminar los efectos del principio de seguridad jurídica y la confianza legítima, se seguirá reproduciendo en posteriores fallos de la referida Sala (Sentencias de 9 de octubre de 2007 y de 9 de diciembre de 2009, y Auto de 2 de noviembre de 2010) (9).

Por tanto, teniendo en cuenta la configuración realizada por el Tribunal Supremo, el riesgo regulatorio puede definirse como la posibilidad conocida por los agentes de un sector o mercado regulado de que las pautas legales de dicho mercado sean modificadas.

Las características del riesgo regulatorio serán, por tanto, las siguientes (10):

i) El riesgo regulatorio puede darse en todas aquellas actividades económicas sometidas a intensa regulación (sectores regulados), generalmente como consecuencia de un proceso de liberalización. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo versa exclusivamente sobre el sector de la energía, a pesar de la crisis financiera.

ii) Las empresas que van a desarrollar su actividad en esos sectores económicos deberían conocer el grado de inestabilidad del mercado en que desarrollan su actividad.

iii) El riesgo se traduce en un cambio o modificación brusca y significativa de las pautas normativas o reglas previamente establecidas. Es decir, el cambio es lo suficientemente relevante para poner en cuestión los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Ahora bien, aunque no haya identidad absoluta entre los mismos (11), sí puede afirmarse, sin embargo, que ambos principios parten del mismo tronco e intentan salvaguardar idénticos valores. Por otro lado, aunque el origen sea distinto, estos principios tienden a converger como consecuencia de su incorporación al acervo comunitario y la ósmosis que produce en los diferentes Derechos de los Estados miembros. Y ambos pueden flexibilizarse con la ductilidad inherente a la materia jurídica, pero en ningún caso pueden quebrarse, pues de lo contrario asistiríamos al fin del Estado de Derecho. La responsabilidad de la jurisprudencia radica en no repetir sistemáticamente los argumentos sino en disociar caso por caso. No vaya a ser que la teoría del riesgo regulatorio sponga una carta en blanco al legislador para actuar sin límite alguno.

(8) ROJ 1653/2007. El ponente fue Óscar GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

(9) STS de 9 de octubre de 2007 (ROJ 6315/2007 y ponente Óscar GONZÁLEZ GONZÁLEZ), SSTS de 9 de diciembre de 2009 (ROJ 7629/2009 y ponente Manuel CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA y ROJ 8027/2009 y ponente Eduardo ESPÍN TEMPLADO, respectivamente), ATS de 2 de noviembre de 2010 (ROJ 13207/2007 y ponente Eduardo ESPÍN TEMPLADO).

(10) RODRÍGUEZ BAJÓN (2012: 198-199).

(11) GARCÍA DE ENTERRÍA (2002: 175-180).

iv) El riesgo regulatorio se asimila al concepto de «deber jurídico de soportar el daño» que dispone el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LAP), puesto que, desde el momento en que concurre, se excluye la responsabilidad patrimonial derivada de la modificación normativa sobrevenida.

Pues bien, el concepto de riesgo regulatorio vendría precisamente a actuar en este ámbito, a modo de argumento de refuerzo para excluir la infracción del principio de seguridad jurídica y la responsabilidad patrimonial del Estado por causa de modificaciones normativas, aunque esto último será objeto de análisis posteriormente. De esta forma, toda vez que se constate que en un determinado sector existe riesgo regulatorio, su presencia misma ha de permitir que los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima no desplieguen todos sus efectos, impidiendo además que operen esas situaciones por las cuales, en cada caso concreto, puede admitirse la presencia de una responsabilidad pública por causa de un cambio normativo. El riesgo regulatorio, por tanto, respalda todo cambio que se produzca en un ámbito de actividad económica en el que las empresas, por las circunstancias propias de esa actividad, saben que pueden producirse cambios, aceptando la carga de que los mismos no siempre sean beneficiosos para sus proyectos. De este modo, cuando el Tribunal Supremo aplica el concepto por primera vez, señala que:

«Afirmaciones estas que, entre otras que se podrían añadir, desactivan la apelación al principio de confianza legítima como fundamento de un hipotético derecho a la indemnización derivada del cambio normativo. Los agentes económicos no pueden confiar legítimamente en que se mantenga una situación normativa —menos aún si es de ventaja para ellos— preexistente sin variaciones, máxime cuando estas son previsibles, correspondiendo a los poderes públicos en el marco de sus respectivas facultades de apreciación adaptar los modelos normativos en función de las diversas opciones políticas que representen y hayan obtenido el refrendo de la voluntad general de los ciudadanos, consideraciones que resultan especialmente aplicables a los sectores económicos que disfrutaban de una posición previa inmune a las exigencias de la política de competencia» (FJ 8.º de la referida STS de 11 de junio de 2001).

Ahora bien, esta sentencia hay que enmarcarla en su contexto. Se produce en el momento inicial de la liberalización del sector eléctrico, cuando desaparecen los monopolios territoriales y se pretende abrir el sistema a la competencia (12). Por ello, el Tribunal Supremo insiste en que no puede

(12) Las expectativas que se generan en ese momento del inicio de la «liberalización» del sector se enuncian en MUÑOZ MACHADO (1998: 123-178), DE LA CRUZ FERRER (1999: 343-471) y GIMENO FELIÚ y SANAU VILLARROYA (2001: 83-105).

decirse con rigor que unos u otros costes hayan generado en los titulares de aquellas instalaciones un verdadero derecho de crédito consolidado, pues no respondiendo la generación eléctrica a un esquema contractual ni a otro de naturaleza concesional, sino tan solo a la aplicación de un marco regulatorio unilateralmente determinado por los poderes públicos, en el que se insertan las relaciones y del que derivan las situaciones jurídicas de los distintos agentes que intervienen en el proceso de producción de electricidad, estos son, o deberían ser, conscientes de que están en todo momento sujetos y vinculados a las decisiones del poder legislativo que introduzcan modificaciones en aquel marco normativo, máxime cuando estas decisiones traen causa, a su vez, de exigencias derivadas de la adhesión a un ordenamiento jurídico supranacional como es el comunitario, y en concreto de una de sus normas (la Directiva 96/92/CE), que se constituye así en el auténtico centro de imputación de la apertura del mercado eléctrico a la competencia.

III. LÍMITES AL CONCEPTO DE RIESGO REGULATORIO

1. Límites generales y su posible incumplimiento

No obstante, no debe olvidarse que el riesgo regulatorio no puede justificarlo todo. Es decir, debe estar sometido a límites. Unos límites que, al menos de momento, han de deducirse de la formulación que del concepto ha realizado el Tribunal Supremo. Podemos destacar, siguiendo a RODRÍGUEZ BAJÓN (2012: 204-205), los siguientes:

i) No puede darse en actividades o sectores económicos ajenos a la regulación o intervención del Estado a los efectos de promover la competencia o salvaguardar determinados intereses. Cuanto menor sea esa intervención, menor debería ser la incidencia del riesgo regulatorio. En consecuencia, dicho riesgo debe ir desapareciendo en la medida en que los mercados liberalizados se estabilicen y alcancen su madurez.

ii) Debe instrumentarse por medio de un cambio o modificación de las normas de la actividad o sector económico regulado. De este modo, si el cambio se refiere a normas ajenas al sector, no deberá hablarse en propiedad de riesgo regulatorio, en la medida en que los operadores aceptan o son conscientes de los cambios que atañen a la actividad a la que se dedican, pero no tienen la obligación de aceptar el riesgo en otros campos que finalmente pueden incidir sobre el suyo.

iii) La modificación ha de llevarse a cabo al amparo del marco jurídico sectorial previo y conforme a sus principios informadores. En este sentido, no cabría hablar de riesgo regulatorio y sus efectos si el cambio supone una

«revolución» absoluta en el sector, alterando los principios básicos y fundadores del mismo (13).

iv) la nueva regulación ha de mirar al futuro, es decir, el riesgo regulatorio no ampara situaciones retroactivas, cuya justificación debe buscarse en otros títulos.

A la hora de aplicar esos límites es preciso tener muy en cuenta que el riesgo regulatorio solo tiene presencia en un contexto muy preciso y muy caracterizado, es decir, el del paso del monopolio a una situación de transición en la que impera la incertidumbre. A medida que esa incertidumbre desaparezca, la invocación de la eficacia del riesgo regulatorio deberá igualmente atenuarse hasta, en su caso, diluirse por completo.

Por otro lado, tampoco debemos olvidar que el propósito básico del riesgo regulatorio es garantizar la liberalización de un sector económico y, por tanto, la libre competencia, en un sistema que estaba copado previamente por los monopolios territoriales, que sumaban un gran oligopolio nacional. Pues bien, no puede ya aplicarse contra los pequeños y medianos empresarios que han invertido en un sector y que contribuyen, como en el caso de la producción de energía a partir de las energías renovables, decisivamente a ampliar la competencia, a aminorar los precios y a cumplir con finalidades previstas en la normativa europea, tal como se infiere de la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables.

No obstante, el Tribunal Supremo en su recientísima Sentencia de 13 de enero de 2014 (14), vuelve a insistir en el mismo concepto en relación a un recurso planteado por algunas empresas del sector fotovoltaico (15). En ella se dice:

«Por ello, respecto del Dictamen del Consejo de Estado, por referirse a la doctrina de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en la sentencia de 9 de diciembre de 2009 (RCA 152/2007), que no sería invocable para rechazar la vulneración del principio de confianza legítima y el principio de seguridad jurídica, no puede ser compartida, en la medida en que

(13) BACIGALUPO SAGGESE (2011: 20) considera que el cambio regulatorio que produjo el Real Decreto-Ley 9/2013 era de gran envergadura, radical, que no era razonablemente previsible y que alteraba de raíz los fundamentos básicos del sistema retributivo vigente con gran impacto lesivo.

(14) ROJ 1/2014 y ponente José Manuel BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT.

(15) Resulta muy interesante el análisis que hace RUIZ OLMO (2014: 12-24) de la STS de 12 de abril de 2012 que resuelve un recurso interpuesto contra el RD 1565/2010, de 19 de noviembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. Dicha sentencia (2577/2012) tuvo por ponente a Eduardo ESPÍN TEMPLADO.

se trata de un mero recordatorio de los pronunciamientos enunciados por este Alto Tribunal, en relación con el enjuiciamiento de las modificaciones normativas de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, en aras de reforzar la tesis de que no cabe realizar reproche alguno al proyecto del Real Decreto examinado, pues la variación de los inventivos económicos de las instalaciones ya autorizadas dentro de las pautas legales pueden adoptarse legítimamente en el marco de los "riesgos regulatorios".»

Algunos de los últimos hitos acaecidos, tanto legales (Real Decreto-ley 17/2013, de 27 de diciembre, por el que se determina el precio de la energía eléctrica en los contratos sujetos al precio voluntario para el pequeño consumidor en el primer trimestre de 2014) como judiciales (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2014), ponen de manifiesto, tal como analizaremos posteriormente, el fracaso de la liberalización del sector.

Por otro lado, y como demostraremos posteriormente, puede afirmarse que existe una retroactividad auténtica en la última normativa aplicable al sector eléctrico, que conlleva una auténtica revolución, que pone en entredicho la seguridad jurídica y la confianza legítima y quiebra algunos de los principios informadores del sector.

En resumen, la jurisprudencia, siguiendo una peligrosa inercia, está aplicando extemporáneamente el llamado riesgo regulatorio a quienes no gozaron nunca de ningún privilegio en forma de monopolio ni configuran el actual oligopolio vertical. Es extemporánea la aplicación de una teoría que tiene su razón de ser en la génesis de los procesos liberalizadores, que, en el caso se nos ocupa, arranca en 1997 y que se concreta en los costes de transición a la competencia, de los que se beneficiaron las empresas que gestionaban los antiguos monopolios territoriales. Para colmo, se aplica a los agentes que, precisamente, pueden contribuir a generar gradualmente un mayor nivel de competencia.

2. La versátil regulación del «período regulatorio»

Existe otro límite al riesgo regulatorio, que consiste en la fijación de un horizonte temporal mínimo a la reforma realizada, que se concreta en el concepto de «período regulatorio». Dicho de otro modo, la doctrina del riesgo regulatorio no puede servir para justificar cambios permanentes. La propia ley del sector eléctrico asume este principio cuando, y transcribimos literalmente un párrafo de su exposición de motivos, dice:

«Este nuevo marco regulatorio da una respuesta global al relevante cambio de las circunstancias experimentado en los últimos años en el ámbito de las tecnologías de generación basadas en fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, en términos que obedecen a motivos más que justificados por la situación descrita.

Las inversiones en estas tecnologías seguirán estando protegidas y fomentadas en España por este nuevo marco normativo, que consagra el principio de rentabilidad razonable y establece el criterio de revisión de los parámetros retributivos cada seis años para cumplir con el citado principio. De este modo, se trata de consolidar la continua adaptación que la regulación ha experimentado para mantener esta rentabilidad razonable mediante un sistema previsible y sometido a concreción temporal.»

Ello se concreta en el artículo 14.4 de la Ley del Sector Eléctrico, que comienza del siguiente modo:

«4. Los parámetros de retribución de las actividades de transporte, distribución, producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos con régimen retributivo específico y producción en los sistemas eléctricos no peninsulares con régimen retributivo adicional se fijarán teniendo en cuenta la situación cíclica de la economía, de la demanda eléctrica y la rentabilidad adecuada para estas actividades por períodos regulatorios que tendrán una vigencia de seis años.

Estos parámetros retributivos podrán revisarse antes del comienzo del período regulatorio. Si no se llevara a cabo esta revisión se entenderán prorrogados para todo el período regulatorio siguiente...»

Posteriormente, se fijan las condiciones específicas que genera la seguridad del establecimiento de un «período regulatorio» en el caso de las instalaciones de producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos con régimen retributivo específico.

Se trata, por tanto, de hacer «previsible» el sistema y de que las inversiones se realicen sobre la seguridad que ofrece un horizonte de estabilidad durante seis años. Para conseguir tal objetivo se introduce el concepto de «período regulatorio», como límite infranqueable a los vaivenes normativos. Si este plazo se incumpliera, si se produjera modificación sustancial del régimen retributivo, si se diera un cambio radical en las circunstancias, sí podríamos estar ante un supuesto específico de responsabilidad del Estado-legislador, cuestión que posteriormente analizaremos. Por cierto, no estamos ante un concepto estrictamente novedoso, ya que existen precedentes tanto en la legislación de los países europeos como en la propia legislación española, como se desprende del régimen jurídico de la autorización ambiental integrada, regulado en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación.

No cabe ninguna duda de que el plazo fijado por el legislador de seis años está previsto para desplegar todos sus efectos en el futuro. Ahora bien, ¿no supone en el fondo el reconocimiento de un plazo mínimo que garantiza las decisiones inversoras? ¿No conlleva en el fondo un reconocimiento implícito de que las sucesivas modificaciones normativas semestrales que hemos padecido en los últimos años son una contravención manifiesta a los principios de buena

fe y confianza legítima? Si se fija la salvaguarda de la seguridad jurídica en un horizonte temporal de seis años, ¿qué ha ocurrido desde la promulgación del Real Decreto-Ley 6/2009, de 30 de abril, que inicia una vertiginosa cascada de cambios legislativos?

Por otro lado, debemos recordar que el período regulatorio de seis años se establece con carácter general. Pero tampoco debemos olvidar que el artículo 14 de la LSE flexibiliza dicho período para las energías renovables en la medida en que señala diferentes subperíodos para distintos parámetros retributivos. Recordemos lo que dice dicho artículo en relación a las energías renovables:

«En el caso de las instalaciones de producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos con régimen retributivo específico la modificación de los parámetros de retribución se realizará de acuerdo con los siguientes criterios:

1.º En la revisión que corresponda a cada período regulatorio se podrán modificar todos los parámetros retributivos y, entre ellos el valor sobre el que girará la rentabilidad razonable en lo que reste de vida regulatoria de las instalaciones tipo que se fijará legalmente.

En ningún caso, una vez reconocida la vida útil regulatoria o el valor estándar de la inversión inicial de una instalación, se podrán revisar dichos valores.

2.º Cada tres años se revisarán para el resto del período regulatorio las estimaciones de ingresos por la venta de la energía generada, valorada al precio del mercado de producción, en función de la evolución de los precios del mercado y las previsiones de horas de funcionamiento.

Asimismo, se ajustarán los parámetros retributivos en función de las desviaciones del precio del mercado respecto de las estimaciones realizadas para el período de tres años anterior. El método de ajuste se establecerá reglamentariamente y será de aplicación en lo que reste de vida útil de la instalación.

3.º Al menos anualmente se actualizarán los valores de retribución a la operación para aquellas tecnologías cuyos costes de explotación dependan esencialmente del precio del combustible.»

Sorprenden dos cuestiones al respecto. En primer lugar, la previsión de tramos inferiores a los seis años que van a constituir a la postre nuevos períodos regulatorios. En este caso, deberían limitarse a apreciar la corrección de las previsiones realizadas y a su actualización en el caso de merma de los derechos de las empresas. Mas es previsible que se produzca lo contrario. En cualquier caso, la reducción del tramo para establecer la revisión de los parámetros retributivos genera una gran incertidumbre, en un sector que está acuciado por la necesidad de financiación.

Por otro lado, la indefinición y remisión a instancias administrativas continúa en la redacción que se hace de los artículos 14, 19 y 20 del Real Decreto 314/2013, de 6 de junio, que relega la concreción última de estos parámetros al albur de lo que decidan determinadas instancias administrativas. Especial-

mente discrecional es el parámetro de las horas mínimas de funcionamiento de la instalación eólica. Un simple incremento de las horas exigidas podría dejar a centenares de parques sin retribución a la inversión.

3. El extraño concepto de la «rentabilidad razonable»

Ambos conceptos, *riesgo regulatorio* y *rentabilidad razonable*, están íntimamente conectados. Estos conceptos son propios de un sector tan peculiar como el eléctrico y suponen la cara y la cruz de la misma moneda, el anverso y el reverso de la misma cuestión. En realidad, buscan un determinado equilibrio económico-financiero, de tal manera que los drásticos recortes de beneficios que puede acarrear la aplicación del riesgo regulatorio se compensen con la garantía de una rentabilidad razonable.

El problema radica en determinar si el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, es «tecnológicamente neutral» o, si por el contrario, contiene desigualdades de trato a favor de algunas de las actividades que regula. A tal efecto, cabe recordar que, en el artículo 34 se establece la posibilidad de que las instalaciones de cogeneración puedan renunciar temporalmente al régimen retributivo específico varias veces al año con un período de duración mínimo de un mes. Durante ese período sólo percibirán el precio del mercado pero no necesitarán cumplir con su límite de consumo de combustible. El hecho que tengan la opción de «entrar y salir» del régimen retributivo específico libremente mientras otras tecnologías no pueden hacerlo puede ser interpretado como una discriminación y, por tanto, como una desigualdad arbitraria. A otras instalaciones, como las eólicas, también les podría resultar económicamente interesante «salirse» durante algún tiempo en períodos de precios de mercado altos (junio-octubre, por ejemplo) y volver a «entrar» en períodos de precios de mercado bajos (noviembre-mayo, por ejemplo). Resulta sorprendente esta especie de «puerta giratoria», que permite entrar y salir en el sistema en función de los intereses de las empresas de este sector.

Por cierto, esta posibilidad va en contra de una línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo en cuanto al reconocimiento de un sistema de primas a la cogeneración. Así, ha sostenido que el régimen de fomento de la cogeneración debe conciliarse con el sistema restrictivo de ayudas de Estado contemplado en los artículos 87 y siguientes del Tratado de la Unión Europea (actual artículo 107 del TFUE), de tal manera que los planes derivados de una determinada acción respeten el principio de su eliminación gradual (STS de 9 de octubre de 2007). Es más, en una sentencia posterior de 9 de diciembre de 2009 (ponente Manuel CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA), el Tribunal Supremo resuelve la impugnación del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por parte de una empresa propietaria de una central de ciclo combinado de

aproximadamente 800 MW, que produce simultáneamente electricidad y calor útil. La impugnación se fundamenta en que dicho reglamento establece un tope máximo de potencia (100 MW) para poder acogerse al correspondiente régimen de incentivos. Pues bien, el Tribunal Supremo sostiene que de la Directiva 2004/8/CE, relativa al fomento de la cogeneración, no se deduce la obligación ineludible de primar a cualquier instalación. Otra sentencia de esa misma fecha, 9 de diciembre de 2009 (ponente Eduardo ESPÍN TEMPLADO) insiste en esta idea al sostener que el referido Real Decreto no vulnera la citada Directiva, ya que ésta no impone la concesión de incentivos a todas las instalaciones de cogeneración.

No hemos de pasar por alto la evidente diferencia de redacción entre la citada Directiva 2004/8/CE y, por ejemplo, la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, la cual establece objetivos mínimos vinculantes para el conjunto de la Unión Europea y para cada uno de los Estados miembros. Concretamente, la Directiva establece como objetivo conseguir una cuota mínima del 20% de energía procedente de fuentes renovables en el consumo final bruto de energía de la Unión Europea, el mismo objetivo establecido para España, y una cuota mínima del 10% de energía procedente de fuentes renovables en el consumo de energía en el sector del transporte en cada Estado miembro para el año 2020.

Además, la Directiva requiere que cada Estado miembro elabore y notifique a la Comisión Europea (CE), a más tardar el 30 de junio de 2010, un Plan de Acción Nacional de Energías Renovables (PANER) para el período 2011-2020, con vistas al cumplimiento de los objetivos vinculantes que fija la Directiva. Dicho PANER, tal y como prevé la Directiva, debía ajustarse al modelo de planes de acción nacionales adoptado por la Comisión Europea a través de la Decisión de la Comisión, de 30 de junio de 2009. El Estado Español, a través de la Secretaría de Estado de la Energía, presentó dicho Plan dentro de los plazos establecidos por la Directiva.

Pues bien, frente a esta concreción, que obliga a un comportamiento proactivo y controlable de los Estados, la Directiva 2004/8/CE, relativa al fomento de la cogeneración, se expresa en términos tan vagos como «*se debe recomendar...*» o «*se anima...*», que dejan un amplio margen de discrecionalidad a los Estados miembros.

No hemos de olvidar al respecto que el concepto de rentabilidad razonable se plasma en el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico. El título es harto elocuente, no se trata de garantizar el sistema eléctrico sino su sostenibilidad financiera. Para ello se proclama que la rentabilidad razonable es una rentabilidad de proyecto, que girará, antes

de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de las Obligaciones del Estado a diez años aplicando el diferencial adecuado. Es decir, estamos tratando a inversiones empresariales como si fueran únicamente inversiones financieras, lo que dañará definitivamente la eficacia y eficiencia productiva del sistema. Es más, no es aventurado afirmar que este sistema retributivo empieza a asemejarse al de la Política Agraria Común (PAC), con la esclerosis pertinente que todo ello produce (16).

A tal efecto, no hay que olvidar que el sistema regulatorio español es doblemente inseguro: por uno lado, los cambios normativos se producen a un ritmo vertiginoso y son impredecibles; por otro lado, no es inusual el incumplimiento de algunas normas (ahí tenemos, sin ir más lejos, el principio de suficiencia tarifaria). En ese contexto, es imposible hablar de seguridad jurídica, máxime cuando determinadas medidas conllevan una retroactividad auténtica, como ha ocurrido respecto a la retribución del régimen especial. Como se puede comprobar, en muchas ocasiones estas decisiones han respondido a la necesidad de afrontar algunos problemas coyunturales de forma aislada (y en ocasiones problemas ajenos al propio sector eléctrico) mediante soluciones basadas en el intento de salir airoso a corto plazo. Falta una visión sistémica, que tenga en cuenta todos los impactos sobre los distintos agentes que operan en un sistema eléctrico interconectado. Por otro lado, el proceso de definición regulatorio español sufre de falta de transparencia y de una participación escasa de los agentes del sector.

Ahora bien, lo que es inapelable es que si no se garantiza la «rentabilidad razonable» de las actividades existentes en el sector de las energías renovables decae también la teoría de los riesgos regulatorios y, por tanto, se produce una quiebra incuestionable de la seguridad jurídica y un atentado flagrante a los principios de buena fe y confianza legítima. Dicho de otro modo, puede aducirse la teoría de los riesgos regulatorios siempre que no se sobrepase el límite infranqueable de la «rentabilidad razonable», que emana de la misma jurisprudencia (17).

(16) Por cierto, tal vez ha llegado el momento de que la Unión Europea destine menos recursos a la antediluviana PAC y empiece a impulsar definitivamente y financiar una auténtica PEC, una política energética común, que contribuya a afrontar los retos del futuro. Es cierto que la Unión Europea ha implementado diversos resortes para fomentar el uso de las energías renovables desde otras políticas (ambientales, agrícolas, de desarrollo tecnológico...) e instrumentos de financiación (Programas ALTENER, cohesión económica y social...). Véase al respecto DOMINGO LÓPEZ (2000: 53).

(17) CASTRO-GIL AMIGO (2012: 26) llega a plantearse la siguiente cuestión: «¿Qué rentabilidad razonable tienen los cientos de pequeños productores fotovoltaicos que en estos momentos tienen embargados todos sus bienes por no haber podido pagar las cuotas del ejercicio 2011 de los créditos que tuvieron que asumir para iniciar los proyectos que auspiciaba el Gobierno de España? De poco sirve que la rentabilidad de la inversión a largo plazo sea óptima, si el estrangulamiento del corto plazo dilapida la propia inversión».

4. Riesgo regulatorio y riesgo industrial: el trampantojo de la nueva regulación

Como ya hemos indicado, los parámetros que han de ser tenidos en cuenta para la actualización del régimen retributivo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 14.4 de la Ley del Sector Eléctrico, son:

- i) situación cíclica de la economía,
- ii) la demanda eléctrica y
- iii) la rentabilidad adecuada de estas actividades.

Como puede observarse, estamos ante parámetros que ponen en evidencia la conversión de una actividad industrial en una mera actividad financiera. Sin embargo, como ocurre en toda actividad industrial, su funcionamiento acarrea unos riesgos, especialmente en el ámbito de la energía eólica, dado que la complejidad tecnológica de los aerogeneradores supone unos costes muy elevados de mantenimiento, que se elevan extraordinariamente en caso de avería o sustitución de los mismos. Dicho de otro modo, cualquier percance en el funcionamiento del parque eólico puede suponer una pérdida de millones de euros. La regulación del riesgo regulatorio no contempla ninguna situación destinada a concretar cómo afectan estas cuestiones vinculadas al riesgo industrial en la rentabilidad adecuada o razonable.

El cacareado 7,39% de rentabilidad razonable, que puede variar según las interpretaciones que se hagan de la norma en las diferentes revisiones de los parámetros retributivos, puede predicarse de un negocio financiero, en el que todo consiste en la aplicación de meras fórmulas matemáticas, pero carece de sentido en un negocio industrial, sometido a situaciones que generan un riesgo permanente. Dicho de otro modo, si lo que pretendía garantizar el Estado era un plazo fijo bien puede afirmarse que el interés establecido puede variar en función de múltiples circunstancias. Y todo ello se produce en un escenario de remuneraciones decrecientes de todas las deudas soberanas.

Por otro lado, los años para el cálculo de la rentabilidad razonable consideran todos los costes de inversión y promoción en el primer año. Si tenemos en cuenta que la autorización y puesta en marcha de un parque eólico en España llega a dilatarse entre 7 y 8 años de promedio desde que se realizan las primera gestiones, la rentabilidad razonable se reduce drásticamente si se tuvieran en cuenta dichos años y los altos costes que genera todo este procedimiento.

Por último, se obvia que, al final de la vida útil de parque eólico, sus titulares están obligados a desmantelar la instalación y realizar las correspondientes actuaciones para restaurar la situación anterior a la construcción del parque. Cabe recordar que la autorización de la instalación de todo parque eólico llevará implícita la obligación de remoción y restitución de los terrenos

que ocupa, una vez finalizada la actividad de producción de energía eléctrica. Se impone, por tanto, la obligación de dejar los terrenos en su estado original.

Quede claro que no estamos hablando en este supuesto de ningún tipo de irreversibilidad de derechos, lo que tratamos de evidenciar es que determinadas circunstancias de la actividad productiva pueden no garantizar la resiliencia, que subyace en la normativa aplicada, pues cree en la capacidad empresarial para asumir situaciones límites y sobreponerse a ellas.

Lo que los poderes públicos no han entendido en este caso es que, al contrario que en el supuesto de las prestaciones sociales, no tienen una capacidad de configuración completa y total de los derechos subyacentes, condicionada a situaciones imprevisibles ajenas a la voluntad tanto de los agentes privados como públicos.

5. Riesgo regulatorio y regulación administrativa y fiscal: la homogeneidad en un Estado complejo

La regulación formulada desde la Administración General del Estado prescinde de cualquier análisis e inclusión de la variopinta normativa tributaria de ámbito autonómico y local, que plantea desigualdades y en algunos casos grava de manera determinante los exiguos beneficios resultantes (18).

Por cierto, no deberíamos olvidar que la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, contempla un impuesto cuyo tipo de gravamen es del 7% y que se aplica a una base imponible constituida por el importe total que corresponda percibir al contribuyente por la producción e incorporación al sistema eléctrico de energía eléctrica. Por tanto, se aplica a la producción y no a los beneficios, por lo que puede alcanzar carácter confiscatorio en un sistema de drástica reducción de beneficios.

En otro orden de cosas, cabe recordar que el artículo 1.2 del Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, modifica el artículo 30.4 de la anterior Ley del Sector Eléctrico, y a la hora de establecer el cálculo de la retribución específica que pueden percibir las instalaciones generadoras de electricidad a través de las energías renovables, establece lo siguiente:

«A estos efectos, en ningún caso se tendrán en consideración los costes o inversiones que vengan determinados por normas o actos administrativos que no sean de aplicación en todo el territorio español.»

Pues bien, la panoplia de actos administrativos exigibles en la profusa legislación autonómica existente, tanto de carácter tributario como de carácter

(18) De la abigarrada y variopinta normativa al respecto da buena muestra LUCAS DURÁN (2013)

administrativo —en su doble versión de autorizaciones y concesiones (19)—, genera regulaciones diferentes y diferenciales.

Sin ir más lejos, la Comunidad de Castilla-La Mancha aprobó la Ley 9/2011, de 21 de marzo, por la que se crean el Canon Eólico y el Fondo para el Desarrollo Tecnológico de las Energías Renovables y el Uso Racional de la Energía en Castilla-La Mancha. Lo curioso del caso es que estos nuevos impuestos no han sido diseñados para desincentivar un impacto ambiental, ya que afectan a instalaciones no contaminantes, sino para recaudar dinero en tiempos de crisis. Y aunque pueden darse problemas de constitucionalidad, a tenor de lo establecido en la STC 179/2006, de 13 de junio, que declaró la inconstitucionalidad parcial del impuesto extremeño sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente, por recaer sobre la misma materia ya gravada por el Impuesto de Bienes Inmuebles, lo cierto es que las Comunidades Autónomas han encontrado en las llamadas «ecotasas» el principal sistema para incrementar sus ingresos por tributación directa.

Por otro lado, el sistema administrativo padece todo tipo de contingencias en función de la parte del territorio en la que nos movamos. Mucho antes de que el Decreto-Ley 1/2012, de 27 de enero, procediera a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes la Comunidad Foral de Navarra procedió a la suspensión de la tramitación y la aprobación de los parques eólicos a través del Decreto Foral 685/1996, de 24 de diciembre. Dicha medida fue enjuiciada por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 2 de octubre de 2007, que declaró la nulidad de su artículo 1.1.

Del caos normativo que se ha producido en el ámbito autonómico da buena muestra el Plan de Evacuación de Régimen Especial en Aragón (PEREA), tomado en ocasiones como ejemplo (20), que trataba de imponer un procedimiento concertado de resolución de conflictos, a través de la decisión conjunta de distribuidores, transportista, productores y Administración. Lo sorprendente de dicho Plan es que se podía recurrir a través de recursos administrativos, por lo que cabe presumir que carecía de carácter normativo (21).

(19) Recogidos parcialmente por GONZÁLEZ RÍOS (2011: 219-232).

(20) CASTELLANOS GARJO (2012: 237).

(21) El artículo 7 de la Orden de 30 de noviembre de 2000, del Departamento de Industria, Comercio y Desarrollo, por la que se dispone el procedimiento de asignación de conexiones a la red eléctrica para instalaciones de generación, en el ámbito del Plan de Evacuación de Régimen Especial de Aragón 2000-2002 (PEREA) preveía la posibilidad de interposición de un recurso administrativo contra la misma.

Lo curioso del caso es que el mismo Estado, que opta por no tomar en consideración los costes o inversiones que vengan determinados por normas o actos administrativos que no sean de aplicación en todo el territorio español, ha renunciado sistemáticamente a hacer uso de la posibilidad contemplada en el artículo 150.3 de la Constitución de dictar leyes armonizadoras (22).

Ahora bien, ¿y si se hubiera producido una tolerada invasión competencial por parte de las Administraciones autonómicas de materias reservadas al Estado? ¿Y si lo fundamental, el acceso a la red, competencia del Estado, hubiera cedido ante lo accidental, el punto de conexión, lo que ha permitido que las Comunidades Autónomas se arrogaran de importantes competencias en este ámbito? (23). En ese caso, el Estado no podría eximirse de responsabilidad alguna aduciendo que estamos ante las contingencias propias de un sistema territorial complejo.

Dicho de otro modo, el Estado no ha utilizado la posibilidad de armonizar y, en consecuencia, homogeneizar el sistema, pero tampoco ha reaccionado cuando se ha ido a una mayor heterogeneidad como consecuencia de la extralimitación de las Comunidades Autónomas.

Para colmo, el Estado, que no está dispuesto a reconocer las diferencias que genera el variopinto sistema territorial existente, hace distinciones en sus propias normas en función de criterios estrictamente territoriales, como se puede comprobar en la Orden IET/1459/2014, de 1 de agosto, por la que se aprueban los parámetros retributivos y se establece el mecanismo de asignación del régimen retributivo específico para nuevas instalaciones eólicas y fotovoltaicas en los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares. Obviamente, esta norma no se aplica en todo el territorio español y, en consecuencia, el propio legislador contradice el mismo principio que ha instaurado con carácter general.

En suma, tratar de manera igual lo que el sistema autonómico ha convertido en desigual atenta contra el principio básico de igualdad, tal como analizaremos en un epígrafe posterior.

6. Riesgo regulatorio y vulneración de la garantía relativa a la no regresión de derechos

El principio de no regresión de derechos surgió al hilo de la protección de determinados espacios naturales, con objeto de limitar las posibles modificaciones que pudieran afectarles, salvaguardando lo ya logrado. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ha permitido consolidar el principio

(22) Véase LÓPEZ SAKO (2008: 613-617).

(23) Tesis que defiende CASTELLANOS GARIJO (2012: 200-202), que relata los pronunciamientos judiciales en los que se apoya.

de irreversibilidad limitada de la protección ambiental adquirida por un espacio concreto. Dicho principio no impide una reforma a la baja de cualquier pieza de la legislación ambiental aisladamente considerada sino la necesidad de garantizar un «equilibrio» entre el desarrollo económico y la protección ambiental, cuyos mínimos siempre se han de salvaguardar y contrastar (SSTC 64/1982, de 4 de noviembre, y 73/2000, de 14 de marzo) (24). Dicho principio también inspira la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (25).

Es obvio que este principio puede trasladarse a otros ámbitos, como los relacionados con determinados derechos culturales. De hecho, va abriéndose paso en el terreno de los derechos lingüísticos, especialmente en relación a las lenguas minoritarias. (26) Pero no vamos a ignorar que resulta extraordinariamente complicado llevarlo a los sectores económicos.

Sin embargo, ¿qué ocurriría si se hubiera «normativizado» ese principio? ¿Qué sucedería si encontráramos una norma que garantizara la no regresión del sistema de retribución aplicable a determinadas instalaciones eléctricas?

Pues bien, recordemos que el artículo 44.3 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, que regulaba la producción de energía eléctrica en régimen especial (27) establecía lo siguiente:

«Artículo 44. Actualización y revisión de tarifas, primas y complementos.

3. Durante el año 2010, a la vista del resultado de los informes de seguimiento sobre el grado de cumplimiento del Plan de Energías Renovables (PER) 2005-2010 y de la Estrategia de Ahorro y Eficiencia Energética en España (E4), así como de los nuevos objetivos que se incluyan en el siguiente Plan de Energías Renovables para el período 2011-2020, se procederá a la revisión de las tarifas, primas, complementos y límites inferior y superior definidos en este real decreto, atendiendo a los costes asociados a cada una de estas tecnologías, al grado de participación del régimen especial en la cobertura de la demanda y a su incidencia en la gestión técnica y económica del sistema, garantizando siempre unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales. Cada cuatro años, a partir de entonces, se realizará una nueva revisión manteniendo los criterios anteriores.

Las revisiones a las que se refiere este apartado de la tarifa regulada y de los límites superior e inferior no afectarán a las instalaciones cuya acta de puesta

(24) Véase al respecto LÓPEZ RAMÓN (2011).

(25) SSTs de 29 de marzo de 2012 (ROJ 2000/2012) y de 29 de noviembre de 2012 (ROJ 7778/2012). De ambas sentencias fue ponente Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE.

(26) RUIZ VIEYTES (2004: 16-17).

(27) Cabe recordar que para calificar una instalación como de régimen especial se tenía en cuenta tanto la fuente energética realizada como su potencia. Véase al respecto GIMÉNEZ CERVANTES (2010: 84)

en servicio se hubiera otorgado antes del 1 de enero del segundo año posterior al año en que se haya efectuado la revisión.»

Este segundo párrafo permite salvaguardar el régimen retributivo aplicable a determinadas instalaciones, con independencia de las vicisitudes inherentes al concepto de riesgo regulatorio. Dicho de otro modo, no estamos ante la dificultad de interpretar un principio jurídico sino ante la necesidad de aplicar una norma concreta y específica reconocedora de derechos.

Por cierto, el Real Decreto 463/2004, de 12 de marzo, ya establecía como objeto, según su artículo 1: «a) *La actualización, sistematización y refundición de las disposiciones reglamentarias dictadas en desarrollo de las normas sobre régimen jurídico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial recogidas en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico; b) El establecimiento de un régimen económico duradero para las instalaciones acogidas al régimen especial, basado en una metodología de cálculo de la retribución, objetiva y transparente, compatible con la metodología para la aprobación o modificación de la tarifa eléctrica media o de referencia, regulada por el Real Decreto 1432/2002, de 27 de diciembre.*»

Esta norma reglamentaria intentó acabar con el marasmo regulatorio vigente hasta entonces, lleno de disposiciones transitorias que contemplaban todo una amalgama de excepciones. La seguridad jurídica, que conlleva la garantía de aplicación de las medidas durante toda la vida útil de la instalación, permite superar dicho marasmo y fijar un horizonte que parecía estable. En suma, se introdujo la cláusula habitual destinada a garantizar la perdurabilidad del sistema.

Llegados a este punto, cabría recordar que el principio de no regresión se encuentra implícito en nuestra legislación funcionarial. En efecto, de ningún otro modo podría entenderse la regulación de algunas situaciones administrativas, como la de servicios especiales (28).

(28) Recordemos que el artículo 87.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado público establece: «*Quienes se encuentren en situación de servicios especiales percibirán las retribuciones del puesto o cargo que desempeñen y no las que les correspondan como funcionarios de carrera, sin perjuicio del derecho a percibir los trienios que tengan reconocidos en cada momento. El tiempo que permanezcan en tal situación se les computará a efectos de ascensos, reconocimiento de trienios, promoción interna y derechos en el régimen de Seguridad Social que les sea de aplicación...*». Y el apartado tercero de dicho artículo dispone que «*quienes se encuentren en situación de servicios especiales tendrán derecho, al menos, a reingresar al servicio activo en la misma localidad, en las condiciones y con las retribuciones correspondientes a la categoría, nivel o escalón de la carrera consolidados, de acuerdo con el sistema de carrera administrativa vigente en la Administración Pública a la que pertenezcan. Tendrán, asimismo, los derechos que cada Administración Pública pueda establecer en función del cargo que haya originado el pase a la mencionada situación. En este sentido, las Administraciones Públicas velarán para que no haya menoscabo en el derecho a*

No hemos de olvidar que los principios y las instituciones jurídicas pueden ser diferentes ramas de un tronco común, cuando no son diferentes términos que responden a un concepto unívoco, que adquiere diferentes denominaciones según la época, el país o incluso el ámbito sectorial en el que incide (29).

El principio de no regresión no implica una congelación o petrificación del pasado, pero sí la garantía de que el núcleo esencial de derechos existente no será objeto de un cambio a peor, de una *reformatio in pejus*. Significa, en el fondo, que el núcleo duro de las relaciones jurídicas o de las situaciones básicas que reconoce una determinada normativa no va a sufrir las consecuencias de ninguna forma de retroactividad, ni siquiera la de grado mínimo o impropia. Como ya hemos indicado, es evidente la dificultad que acarrea trasladarlo sin más a otros ámbitos y, especialmente, a los de dimensión preponderantemente económica. Por ello, un estudio completo de esta cuestión requiere centrarse en el análisis específico de los problemas que plantean los diferentes tipos de retroactividad.

7. Riesgo regulatorio e irretroactividad

El Tribunal Constitucional ha enjuiciado la prohibición de irretroactividad aludiendo a diferentes criterios para determinar el grado de retroactividad. Ya en la STC 6/1983, de 4 de febrero, esgrime la existencia de tres tipos de retroactividad:

i) Una retroactividad de grado máximo, que implica que la nueva norma se aplica a la relación jurídica o situación básica creada bajo el imperio de la norma anterior, incidiendo en todos sus efectos, consumados o no.

ii) Una retroactividad de grado medio, que supone que la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad, pero no a los consumados o agotados.

la carrera profesional de los funcionarios públicos que hayan sido nombrados altos cargos, miembros del Poder Judicial o de otros órganos constitucionales o estatutarios o que hayan sido elegidos Alcaldes, retribuidos y con dedicación exclusiva, Presidentes de Diputaciones o de Cabildos o Consejos Insulares, Diputados o Senadores de las Cortes Generales y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Como mínimo, estos funcionarios recibirán el mismo tratamiento en la consolidación del grado y conjunto de complementos que el que se establezca para quienes hayan sido Directores Generales y otros cargos superiores de la correspondiente Administración Pública.»

(29) Michel PRIEUR (2011: 29-30), quien es uno de los principales autores en la propagación del principio de no regresión, recuerda que la terminología utilizada para la aplicación de este principio aún no se encuentra establecida de forma definitiva, de ahí que la doctrina lo denomina de diversa manera según los países. Así, por ejemplo, es posible encontrarlo como principio de no regresividad, *standstill*, cláusula de status quo, cláusula de eternidad, cláusula de salvaguardia, intangibilidad de derechos adquiridos, intangibilidad de los derechos fundamentales o efecto trinquete anti-retorno.

iii) Una retroactividad de grado mínimo, que implica que la nueva norma solo va a producir efectos para el futuro, aunque la relación jurídica o situación básica haya surgido conforme a la anterior norma.

Sin embargo, con posterioridad, el propio Tribunal Constitucional parece decantarse por una clasificación bipartita de la retroactividad, distinguiendo entre retroactividad impropia y auténtica. Apriorísticamente, podría considerarse que un recorte en las ayudas estatales a las energías renovables genera una situación de retroactividad impropia. Y sabemos que ese carácter impropio de la retroactividad no ha servido para hacer prosperar las acciones fundamentadas en la vulneración de la prohibición de irretroactividad establecida en el artículo 9.3 de la Constitución. Se han suscitado algunos conflictos cuando las leyes han pretendido afectar a determinados derechos adquiridos, distintos a las simples expectativas de derechos. A tal efecto, el Tribunal Constitucional interpreta la irretroactividad señalando que «... *no impide la incidencia de una nueva ley en cuanto a su proyección hacia el futuro: la prohibición de retroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, y no a los pendientes, futuros, condicionados, ni a las expectativas*» (SSTC 173/1996, de 31 de octubre, 182/1997, de 28 de octubre y 90/2009, de 20 de abril).

Ahora bien, tras esta primera aproximación al problema y con independencia de la elevación a rango normativo del principio de no regresión de derechos, debemos plantear la cuestión desde una perspectiva más profunda y, tal vez por ello, más radical.

A tal efecto, cabe recordar que el artículo 9.3 de la Constitución establece «*la irretroactividad de las disposiciones... restrictivas de derechos individuales*». En términos de nuestra jurisprudencia constitucional, lo que se prohíbe en todo caso es la retroactividad «auténtica», pero no así la denominada retroactividad «impropia», que depende de otras circunstancias conectadas con la seguridad jurídica y la previsibilidad de actuación futura de cada sujeto en atención al principio de protección de la confianza legítima: «*resulta relevante, igualmente, para el caso que nos ocupa, recordar que hemos establecido una distinción entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretenden anular efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia Ley, y ya consumadas, que hemos denominado de retroactividad auténtica, y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas, que hemos llamado de retroactividad impropia. En el primer supuesto —retroactividad auténtica— la prohibición de retroactividad operaría plenamente y sólo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio. En el segundo —retroactividad impropia— la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la*

seguridad jurídica, y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso» (SSTC 112/2006, de 5 de abril, fundamento jurídico nº 17; 126/1987, de 16 de julio, fundamento jurídico nº 11; 182/1997, de 28 de octubre, fundamento jurídico nº 11). En definitiva, «lo que se prohíbe es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la retroactividad, sino al de la protección que tales derechos, en el supuesto de que experimenten alguna vulneración, hayan de recibir» (SSTC 42/1986, de 10 de abril, fundamento jurídico nº 3; 97/1990, de 24 de mayo, fundamento jurídico nº 4).

Pues bien, en relación a dicha jurisprudencia, y sin olvidar que estamos ante la restricción cuantitativa y cualitativa de típicos «derechos individuales», cabe resaltar que el cálculo de la rentabilidad razonable lleva aparejada la retroactividad, en la medida en que se tiene en cuenta toda la vida útil de la instalación, incluidos los años previos a la promulgación de esta normativa, que estuvieron sometidos a un régimen retributivo y jurídico completamente distinto. Recordemos que el 7,39 (antes de impuestos) que se intenta garantizar de rentabilidad razonable supone dejar sin retribución actual o reconocer una retribución mínima a muchas instalaciones que se erigieron sobre parámetros crediticios y tecnológicos completamente distintos a los actuales. Por tanto, se produce una afectación restrictiva sobre derechos ya devengados y consumados y, en consecuencia, no hay una actualización de los parámetros en un nuevo período retributivo sino la extensión de los nuevos parámetros a períodos retributivos que han dado ya derechos adquiridos y situaciones jurídicas extintas. Bien podría afirmarse que estamos en presencia de una «retroactividad auténtica en diferido».

Por otro lado, no debemos olvidar que, a la hora de fijarse la rentabilidad de las actividades de transporte y distribución se renuncia a cualquier atisbo de retroactividad y ello a pesar de que estamos ante monopolios naturales, tutelados por el Estado. Aun siendo cierto que les reconoce una rentabilidad algo inferior a la de las energías renovables, para su cálculo, en el caso de la distribución y el transporte, no se tiene en cuenta lo percibido en años anteriores ni se emplea, por tanto, en modo alguno para cuantificar las retribuciones futuras. En suma, en este caso sí es posible hablar de retroactividad impropia, al contrario de lo que sucede en el ámbito de las energías renovables.

No debemos olvidar tampoco el grave desequilibrio existente entre la posición jurídica de los poderes públicos y la de los ciudadanos. Frente a la incomprensible modificación legal de situaciones ya consolidadas que plantea la normativa que estamos enjuiciando, a los poderes públicos se les aplican

teorías como la de que ha permitido la eficacia prospectiva de la declaración de nulidad de las leyes. Dicha teoría ha preservado la validez de las relaciones jurídicas ya agotadas y, en consecuencia, ha limitado el derecho a la devolución de las sumas ingresadas por determinados conceptos tributarios antes de la publicación de la Sentencia, siempre que la liquidación haya adquirido firmeza y no sea susceptible de impugnación (30). Por tanto, frente a la retroactividad auténtica o absoluta que se aplica a los empresarios se opone la irretroactividad absoluta, y probablemente *contra legem*, de la que se beneficia la Administración en determinados supuestos. Dicho de otro modo, frente al carácter prospectivo y protector del que disfruta la Administración nos topamos con el carácter retrospectivo de esta especie de «quita y espera» que recoge solapadamente la normativa que estamos analizando. En cualquier caso, esta jurisprudencia pone de manifiesto que existen principios constitucionales que se imponen incluso al de estricta legalidad (31).

Por último, deberíamos convenir que los principios de seguridad jurídica y confianza legítima lo que pretenden es dar estabilidad temporal al principio de legalidad. O, dicho de otra manera, los principios de seguridad jurídica y confianza legítima constituyen la dimensión temporal del principio de legalidad. ¿De qué sirve el principio de legalidad en tiempos de legislación acelerada e impulsada por el abusivo recurso a los decretos-leyes y de normas reglamentarias de dimensiones inabarcables? ¿Cabe seguridad jurídica en un contexto en el que las normas padecen una obsolescencia programada e inmediata? Esto tiene trascendental importancia. No vaya a ser que terminemos viviendo en una situación pareja a la definida por Bodino para apuntalar la monarquía absoluta en el S. XVI, cuando trajo a colación el principio de *nulla obligatio consistere potest, quae a voluntate promittentis statum capit* (no puede mantenerse ninguna obligación que nazca de la voluntad de quien hace la promesa) (32).

(30) STC 45/1989, de 20 de febrero.

(31) GARCÍA DE ENTERRÍA (1989: 6) encuentra precedentes de este principio en la justicia norteamericana y en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Desde la STC 45/1989, de 20 de febrero, parece haber tomado carta de naturaleza en los casos en los que la irretroactividad venga exigida por alguno de los principios constitucionales que amparen los valores necesitados de una mayor protección que el de la estricta legalidad. El propio Magistrado ponente de la Sentencia, RUBIO LORENTE (1988: 39) explicaba la postura que iba a asumir el Tribunal Constitucional antes de que fuera publicada. A su juicio, la extensión hacia el pasado de la eficacia *erga omnes* de la decisión judicial, con independencia de cuál sea la forma que adopta y la construcción teórica que la explica, no es una exigencia del sistema, sino el resultado de una decisión que intenta equilibrar el respeto a la seguridad jurídica con el servicio a la igualdad y a la justicia.

(32) Véase al respecto ABELLÁN GARCÍA (2014: 67).

8. Riesgo regulatorio e interés general: la interdicción de la arbitrariedad a la luz del sistema de ayudas del Derecho comunitario, de la protección del medio ambiente y de la planificación

Partamos de una idea previa, el interés general no está al servicio de la Administración sino la Administración al servicio del interés general. La segunda cuestión radica en determinar quién fija el interés general. Y en un Estado complejo, que ha cedido soberanía a instancias supranacionales, el interés general se fija en diferentes ámbitos y escalones (33). Por otro lado, no podemos omitir el valor normativo de la Constitución y su capacidad para imponerse sobre el legislador. Además, el interés general no solo constituye el fundamento de cualquier actuación pública, también la condiciona y fija sus límites, dado que, en ningún caso, puede ser un atributo ilimitado de poder conferido a las Administraciones públicas. No existe un omnipotente interés general abstracto, el interés general determina fines y evalúa los medios establecidos para lograrlos. Por último, cabe recordar que la Administración también dispone de instrumentos que contribuyen a concretar el interés general, siendo de especial relevancia a este respecto la técnica de la planificación.

Tampoco debemos olvidar que la LSE, recogiendo la terminología europea al respecto, proclama que el suministro de energía eléctrica constituye un servicio de interés económico general, pues la actividad económica y humana no puede entenderse hoy en día sin su existencia. Esta caracterización debería condicionar las políticas que se configuren.

Por otro lado, el fundamento de la actividad administrativa de fomento está en dirigir la acción de los particulares hacia fines de interés general mediante el otorgamiento de incentivos diversos, que pueden ser económicos, jurídicos u honoríficos. Tras las energías limpias subyacen determinados objetivos vinculados con la consecución del interés general, como son la eficiencia y diversificación energética, la protección del medio ambiente y la no dependencia energética del exterior.

En relación al primer objetivo parece oportuno reseñar que, desde el Real Decreto-Ley 9/2013, la prima se pasa a pagar en función de la potencia instalada y no de los kilovatios producidos. Dicho de otro modo, un parque de 1.500 horas percibirá la misma retribución a la inversión que uno de 3.000 horas. Como resulta obvio, esta medida, que puede generar ahorro económico, choca frontalmente con la consecución del objetivo de la eficiencia de nuestro sistema energético.

(33) Resulta aún de interés releer el pionero trabajo de BERMEJO VERA (1984: 103-138) donde aborda algunas cuestiones que volverán a plantearse de manera reiterativa en los recursos y conflictos interpuestos ante nuestro Tribunal Constitucional.

Por otro lado, viene bien recordar en esos momentos que las medidas de apoyo, en principio prohibidas a tenor del artículo 107 del TFUE, dado que pueden falsear o amenazar la competencia, se han considerado válidas cuando tienen por objeto la protección del medio ambiente. El sistema de ayudas al sector de las energías renovables encuentra su acomodo en el artículo 107.3.c) del TFUE, que considera compatibles con el mercado interior «*las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de actividades..., siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma propia contraria al interés común*»; así como en la necesidad de integrar la protección medioambiental en las demás políticas comunitarias, como la política energética, lo que se deduce del artículo 11 del referido Tratado. Su reconocimiento se explicita en el artículo 194.1 del TFUE que establece que la política energética de la Unión Europea tiene por objetivo «*fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético así como el desarrollo de energías nuevas y renovables*».

En este sentido, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (actualmente, Tribunal de Justicia de la Unión Europea) en su Sentencia de 13 de marzo de 2001 (*Caso Preussen Elektra AG contra Schlesweg*) (34) ha mantenido que una ley alemana que obligaba a las empresas privadas suministradoras a adquirir la electricidad generada en su zona de influencia por fuentes de energías renovables a precios mínimos superiores al valor económico real de este tipo de electricidad y que reparte la carga financiera derivada de dicha obligación entre dichas empresas suministradoras y los gestores privados de redes de electricidad situados en un nivel de distribución anterior, no constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 92.1 del Tratado constitutivo (posterior artículo 87 y actual artículo 107 del TFUE). Dicha doctrina no se ha modificado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2013 (35), que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Conseil d'État (Francia), dado que el problema que aborda es la falta de notificación a las instancias europeas de una medida de apoyo que constituye una intervención mediante fondos estatales. Es más, si se considera que es el cambio en el mecanismo de compensación del sobre coste lo que ha llevado al TJUE a calificar la medida como ayuda de Estado lo que se estaría comprometiendo es todo nuestro sistema con la posible afección al sector de

(34) Véase al respecto RAZQUIN LIZARRAGA (2001: 179-182).

(35) Dicha Sentencia resuelve el asunto C-262/12 y considera ayuda de estado el mecanismo de compensación de los sobrecostes en que incurrían las empresas en virtud de una obligación de compra de electricidad de origen eólico a un precio superior al de mercado, cuya financiación recae en los consumidores finales, previsto en la ley francesa 2000-108, de 10 de febrero.

las grandes empresas, que reciben ayudas solapadas a través del reconocimiento del llamado déficit de tarifa, que va acompañado del correspondiente aval del Estado.

La Unión Europea se refiere a las medidas de fomento de las energías limpias con el término de «sistemas de apoyo». La Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, relativa al fomento del uso de la energía procedente de fuentes de energías renovables, define como «sistema de apoyo», cualquier instrumento, sistema o mecanismo aplicado por un Estado miembro o un grupo de Estados miembros, que promueve el uso de energía procedente de fuentes renovables gracias a la reducción del coste de esta energía, aumentando su precio de venta o el volumen de energía renovable adquirida, mediante la obligación de su utilización u otro tipo de medidas (36). Entre esas medidas de impulso se incluyen las ayudas a la inversión, las exenciones o desgravaciones fiscales, las devoluciones de impuestos, los sistemas de apoyo a la obligación de utilizar energías renovables —incluidos los que emplean «certificados verdes»— y los sistemas de apoyo directo a los precios (como tarifas reguladas o primas).

Podría sostenerse que los diferentes incentivos al régimen especial no encajan dentro del concepto formal y estricto de subvención pública sino en el de la potestad tarifaria de la Administración, a pesar de que la referida Directiva no parece excluirlos del concepto más amplio de «sistemas de apoyo». Es más, también podría aducirse que lo que realmente es un sistema de apoyo encubierto o solapado es el llamado déficit de tarifa. Y también la denominada moratoria nuclear.

Esta obligación de utilización de energías renovables consiste en un sistema nacional de apoyo que obliga a los productores de energía a incluir un determinado porcentaje procedente de fuentes renovables en su producción, a los proveedores de energía a incluir un determinado porcentaje de estas energías en su oferta o a los consumidores de energía a utilizar un determinado porcentaje procedente de este tipo de fuentes. Cabe incluir aquí los supuestos en que aquellas obligaciones se cumplen disponiendo de «certificados verdes».

Por otro lado, nos enfrentamos al respecto con equívocos basados en prejuicios o incluso en errores intencionados. Se ha extendido la idea de que las medidas de apoyo a las energías renovables son una cuestión típicamente española y se les ha achacado la inviabilidad económica del sistema. Sin embargo, de los trabajos consultados se deduce que estamos ante unas medidas asumidas con carácter general por los diferentes Estados europeos. Sin ánimo exhaustivo, cabe recordar que en Alemania o Dinamarca el sistema de ayudas

(36) DOMINGO LÓPEZ (2000: 232-328) ya analizó la compatibilidad del sistema de primas al régimen especial con las normas comunitarias.

se articula a través de las tarifas reguladas, que en Francia se apoya en los beneficios fiscales y las subvenciones, además de en las tarifas reguladas, que en el Reino Unido descansa en el sistema de cuotas, privilegios fiscales y subvenciones, que en Suecia se concreta en el sistema cuotas, *bonus* medioambiental y subvenciones, y en Finlandia en las tarifas reguladas, subvenciones y préstamos a bajo interés. Portugal y Grecia también cuentan con un sistema de tarifa regulada e importantes privilegios fiscales, que se complementa en el país heleno con las correspondientes subvenciones (37). Es más, esta no es una cuestión que se circunscriba únicamente al ámbito europeo. En Estados Unidos también se ha previsto un sistema de medidas públicas de apoyo para fomentar el desarrollo de la energía eólica (38).

A veces también se olvida que los sistemas de apoyo pueden establecerse de forma individualizada por cada Estado miembro o bien por un conjunto de Estados. Así, el artículo 11.1 de la Directiva establece que «... *una cantidad determinada de energía procedente de fuentes renovables producida en el territorio de un Estado miembro participante podrá tenerse en cuenta para el objetivo nacional de otro Estado miembro...*».

En este último caso, se está permitiendo que un Estado miembro alcance objetivos de cuota superiores al 20% y que el exceso conseguido pueda ser computable a otro Estado miembro deficitario en cuanto a la cuota conseguida de energía procedente de energías renovables, que habrá de computarse en relación al consumo final bruto de energía de la Unión para el año 2020 (39).

Por otro lado, es frecuente que la doctrina se fije en las posibles afecciones de los parques eólicos sobre el medio ambiente y, en cambio, se olvida con frecuencia que estamos en presencia de una forma de producción de energía apoyada por la Unión Europea precisamente por su carácter ambiental. El artículo 3 de la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, recoge la posibilidad de que los Estados miembros puedan imponer a las empresas eléctricas obligaciones de servicio público referidas a la protección ambiental tales como la eficiencia energética, la utilización de energías procedentes de fuentes de energías renovables o la protección de la clima, pudiendo establecer una planificación a largo plazo que tenga en cuenta la posibilidad de accesos a la red. La imposición de este tipo de «obligaciones de servicio público» podría constituir una importante medida

(37) Véase al respecto DÍAZ DE LA CRUZ (2009: 50-83).

(38) Tal como se deduce del trabajo de J. Anthony ABBOTT, «Public support systems and permitting procedures for wind power in the Unites States», publicado en TORRES LÓPEZ y ARANA GARCÍA (Dir.) (2010: 469-481).

(39) DELGADO PIQUERAS (2011: 456) defiende una política pública europea que armonice los sistemas nacionales de apoyo.

de fomento e impulso para las energías renovables. En la última Directiva, tal como vamos a explicar posteriormente, se intenta reducir el amplio margen de discrecionalidad que ostentaban los Estados a la hora de establecer una planificación en este sentido e imponer las obligaciones de servicio público relacionadas con la protección ambiental.

Junto a las referidas previsiones comunitarias, la adopción de medidas de fomento respecto a las energías limpias encuentra su fundamento constitucional en el artículo 45 de la Constitución Española, que reconoce el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado y el deber de conservarlo. Para ello los «*poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva*» (40).

Es precisamente en esa necesidad de velar por la utilización racional de los recursos naturales donde se incardina la obligación de los poderes públicos de fomentar el uso de las mejores tecnologías y de fuentes energéticas no contaminantes. A tal efecto, cabe recordar que este artículo constitucional ha servido para modular el contenido de otros derechos, como el derecho de propiedad o la libertad de empresa, ubicados en un capítulo II del Título I de la Constitución y, por tanto, que gozaban apriorísticamente de un mayor nivel de protección (41).

Llegados a este punto, reconozcamos que es casi imposible encontrar una actividad económica que sea completamente inocua desde la perspectiva de la afección a la naturaleza. Recordemos la frase con la que el oráculo ateniense contestó a un joven atribulado: «hagas lo que hagas, te arrepentirás». Ahora bien, una actividad no inocua no ha de ser necesariamente inicua o, al menos,

(40) El encumbramiento de este precepto como parámetro de la constitucionalidad de otras normas que desarrollan otros preceptos constitucionales, que gozan a priori de mayor protección, no se podría entender sin la estimable aportación de muchos autores y la configuración una auténtica función pública de protección de los recursos naturales. Aunque pudiera parecer un trabajo menor, por su meridiana claridad y sobria concisión, cabe citar al respecto LÓPEZ RAMÓN (1994: 41-48).

(41) El carácter vinculante de los principios rectores y, especialmente, en relación a la protección del medio ambiente se manifiesta en los siguientes puntos: a) permite postular determinadas políticas legislativas y eleva la protección de determinados bienes jurídicos a la categoría de fin del Estado a conseguir en cumplimiento de la Constitución; b) posibilita el control constitucional de las leyes de desarrollo, tanto desde el Tribunal Constitucional como desde los Tribunales ordinarios (a través de la cuestión de inconstitucionalidad); c) implica la prohibición de cualquier actuación pública que perjudique a estos principios; d) justifica limitaciones a los derechos fundamentales o de otros bienes constitucionales; e) constituye, además, un mandato constitucional de optimización, que exige su consecución en cada momento en la medida de lo jurídica y fácticamente posible; y h) actúa como garantía institucional, lo que supone un núcleo o reducto indisponible para el legislador.

nociva. Y, en todo caso, siempre habrá una escala, una graduación de lo más nocivo o no en función de los valores imperantes. En la actualidad, un valor esencial es la puesta en marcha de estrategias contra el cambio climático. Por ejemplo, no se puede negar que la utilización industrial de la energía eólica puede producir afecciones a la fauna y al paisaje. Sin embargo, dichas afecciones son irrelevantes en comparación con otras formas de generación de energía eléctrica y, sin ir más lejos, con el apoyo incondicional que se sigue dando en nuestro país al carbón y al gas.

Y a esta pulsión a favor de la dimensión ambiental de las energías renovables no han sido ajenas ni la Administración General del Estado ni las Comunidades Autónomas (42).

Pero es más, ha existido una planificación del sector tanto a nivel estatal, Plan de Energías Renovables 2005-2010 y Plan de Energías Renovables 2011-2020, y autonómica, que en Aragón ha tenido dos modalidades específicas: por un lado, la necesidad que se imponía el Decreto 279/1995 al promotor de elaborar un Plan Eólico Estratégico y el correspondiente sometimiento a la discrecionalidad de la autoridad administrativa; y, por otro lado, la planificación también está implícita del Decreto 124/2010, de 22 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se regulan los procedimientos de priorización y autorización de instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de la energía eólica en la Comunidad Autónoma de Aragón. Recordemos que la libre iniciativa empresarial siempre ha estado condicionada por un sistema de autorizaciones autonómicas impregnado de la esencia de las típicas concesiones administrativas. La discrecionalidad de la Administración, tanto a la hora de establecer algunos criterios como al aplicarlos, ha permitido que estuviéramos ante actos de naturaleza *cuasi-concesional*, a pesar de la tradicional inexistencia de reserva formal alguna de la actividad de producción al sector público y de que la generación no constituye ningún monopolio jurídico o natural. Esta situación suponía *de facto* una planificación vinculante, que además debía cohonestarse con la necesaria planificación que ha de aplicarse a la actividad de transporte de energía.

En relación al Plan de Energías Renovables 2011-2020, cabe recordar que, agotado el período de vigencia del Plan 2005-2010 y atendiendo al mandato establecido en la Ley de Economía Sostenible, el Gobierno de España elaboró y aprobó, por Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de noviembre

(42) Sin ánimo exhaustivo, cabe recordar las leyes autonómicas relativas al fomento de las energías renovables: Ley 10/2006, de 21 de diciembre, de Energías Renovables y Ahorro y Eficiencia Energética de la región de Murcia, Ley 1/2007, de 15 de febrero, de Fomento de las Energías Renovables y Ahorro y Eficiencia Energética en Castilla-La Mancha, y Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Fomento de las Energías Renovables y Ahorro y Eficiencia Energética en Andalucía.

de 2011, un nuevo Plan para el período 2011-2020. Este Plan incluye el diseño de nuevos escenarios energéticos y la incorporación de objetivos acordes con la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, la cual establece objetivos mínimos vinculantes para el conjunto de la Unión Europea y para cada uno de los Estados miembros (43). Concretamente, la Directiva establece como objetivo conseguir una cuota mínima del 20% de energía procedente de fuentes renovables en el consumo final bruto de energía de la Unión Europea, el mismo objetivo establecido para España, y una cuota mínima del 10% de energía procedente de fuentes renovables en el consumo de energía en el sector del transporte en cada Estado miembro para el año 2020.

Pues bien, no solo estamos ante una planificación indicativa, caracterizada por una regulación exhaustiva del sector y por la fijación de estímulos para la consecución de los objetivos previstos, sino que, como acabamos de analizar, existe una planificación que persigue el cumplimiento de los objetivos vinculantes establecidos en diferentes normas del Derecho comunitario.

Lo contrario supondría reconocer una ausencia sobrevenida de planificación a largo plazo, lo que puede acarrear el triunfo de la improvisación y de lo coyuntural. Las únicas políticas viables son aquellas que se sustentan en una estrategia de planificación capaz de sobreponerse a las veleidades de las coyunturas específicas. La planificación es el instrumento básico de actuación en las políticas urbanísticas, medioambientales, fiscales y sociales. Tendemos a prescindir de la planificación y a ignorar la coordinación y, al final, nos encontraremos con ciudadanos en conflicto con las Administraciones públicas y con las diferentes Administraciones públicas en conflicto.

A todo ello hay que unir la necesidad de alcanzar el objetivo de aminorar nuestra dependencia energética del exterior, máxime cuando muchas de los recursos que se adquieren se encuentran en zonas de insegura y mudable situación política.

En suma, vivimos tiempos de crisis en el que el interés general parece estar únicamente vinculado a un concreto y específico interés económico inmediato. Pero la rentabilidad de un proyecto estratégico energético a largo plazo

(43) La Directiva cuenta con algunos contenidos vinculantes y con otros de carácter programático. Pero una de las diferencias de esta Directiva con sus antecesoras es el carácter vinculante de los objetivos establecidos en cuanto al uso de las energías renovables. También son vinculantes los Planes nacionales de acción y la admisión de garantías de origen de otros países. Véase al respecto ALENZA GARCÍA, José Francisco, «El cambio climático y las energías renovables. La nueva Directiva europea de energías renovables» publicado en TORRES LÓPEZ y ARANA GARCÍA (Dirs.) (2010: 86-87).

debería sopesar no solo los aspectos meramente presupuestarios sino también la rentabilidad social y medio ambiental.

Y todo lo dicho hasta ahora pone de manifiesto un resquebrajamiento del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad. Recordemos que la interdicción de la arbitrariedad, como ha explicado FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1998: 160) exige que *«las razones justificativas aducidas por el legislador sean susceptibles de explicar satisfactoriamente la adecuación a los objetivos pretendidos»*, lo que implica una idoneidad de los medios y las técnicas puestas en juego para lograr los fines perseguidos, así como su capacidad para alcanzarlos sin imponer sacrificios innecesarios por excesivos. El control de la arbitrariedad no ha de ser únicamente un control formal destinado a evaluar la racionalidad de la norma, ha de basarse en un criterio de razonabilidad, que supone una indagación más precisa del proceso decisorio, que requiere valorar la adecuación de los medios a los fines, su proporcionalidad y la idoneidad de las técnicas adoptadas (44). A parecida conclusión se llega, aunque desde la mera perspectiva del control de la actuación administrativa, por GARCÍA DE ENTERRÍA (2009: 160-164), quien pone de manifiesto que la interdicción de la arbitrariedad no es un principio abierto, informal o puramente estimativo. Es un principio que se concreta en técnicas precisas, como la buena fe —que bien podría considerarse el trasunto español de la confianza legítima—, la proporcionalidad y la razonabilidad.

Por cierto, cabría recordar que la adopción de todo el conjunto de medidas supresoras de incentivos, que ha perjudicado especialmente a las energías renovables, no ha impedido que en el último año se terminara con un importante déficit de tarifa, similar o incluso superior al de años precedentes. Y, en ese sentido, no solo hay una arbitrariedad en el origen de la normativa, existe también una arbitrariedad que aflora cuando los resultados obtenidos son contrarios a los fines perseguidos.

Y, por último, no hay mayor arbitrariedad jurídica que la incertidumbre, la imposibilidad de saber de antemano si la inversión económica o la acción jurídica van a prosperar, a pesar de reunir las condiciones exigidas en el momento en que se emprenden. La situación permanente de incertidumbre que padecemos terminará por quebrar, si no lo ha hecho ya, la noción de «sistema» jurídico. Y esta incertidumbre se acrecienta por el permanente y vertiginoso proceso de modificación de la normativa aplicable a esta materia.

(44) Véase al respecto COMELLA DORDA (1997: 53), que hace un muy interesante análisis del modo en que se controla la potestad reglamentaria de las agencias por parte de los tribunales norteamericanos y, en especial, de la aplicación del criterio de razonabilidad.

9. La espinosa cuestión del déficit de tarifa

El mercado de la energía ha sido y es un mercado intervenido, en el que las decisiones adoptadas por los poderes públicos han tenido un peso determinante en la conformación final de los precios. A tal efecto, cabe recordar que las diferentes normas que han regulado esta cuestión han previsto la obligatoriedad de priorizar la compra de las energías renovables, dado que su funcionamiento depende de fenómenos naturales ajenos a las decisiones humanas. Esta obligatoriedad se ha concretado en la llamada «prioridad de acceso», aplicable también a la energía nuclear, aunque por otras razones. Ello ha implicado que se dieran situaciones en las que la oferta de energía fuera muy superior a la demanda. En ese caso, podía cubrirse toda la demanda energética con las únicas aportaciones de las energías renovables y ello suponía que el precio de la energía que se casaba en la correspondiente subasta podía ser cero. En la actualidad, es posible parar el parque eólico y evitar dicha situación, que, como vamos a demostrar, no era beneficiosa ni para la industria ni para las cuentas públicas.

En momentos de poca demanda, la energía eólica podía acabar «regalando» la energía producida. Esto justificaría por sí solo la necesidad de configurar un sistema de ayudas, que se concretó en las célebres «primas». Con ellas se intentaba alcanzar el «precio» estimado para incentivar la instalación de ese tipo de tecnología en nuestro país. Dicho de otro modo, al precio resultante de la subasta se le sumaba una cantidad (prima) hasta que se alcanzaba ese «precio» acordado, que fue determinante para que los empresarios nacionales e internacionales apostaran por realizar importantes inversiones en este sector. Es más, podía darse incluso el supuesto de «prima negativa» si en el mercado se alcanzaba un precio superior al establecido como razonable para este sector.

Cabe recordar al respecto que el Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, ofreció dos alternativas de retribución al régimen especial, bien mediante tarifa regulada o «fija» o bien mediante participación voluntaria en el mercado que, como hemos indicado, implicaba obtener el precio establecido por el mismo y además una prima que se establecía como un porcentaje de la tarifa media o de referencia. Esta cuantía venía a equivaler a la retribución mediante tarifa regulada. Con anterioridad a la promulgación del Real Decreto 436/2004 se implantaron diferentes mecanismos de retribución, que pueden resumirse en el precio fijo (Real Decreto 2366/1994, de 9 de diciembre), precio en el mercado más primas (Real Decreto 2818/1998, de 23 de diciembre) y precio de mercado más prima más incentivo (Real Decreto 841/2002, de 2 de agosto) (45).

(45) CASTELLANOS GARJO (2012: 123-128)

Como puede observarse, la opción de acudir al mercado sin restricciones fue descartada por todo el sector y, posteriormente, por el legislador, dado que, al mantenerse la obligatoriedad consustancial a la «prioridad de acceso», la desmedida oferta de energía renovable, que se multiplicó por la inexistencia de cualquier tipo de planificación, consiguió reducir a mínimos el precio de la energía que se percibía por la producción generada por estas instalaciones.

El problema del déficit de tarifa es precisamente este y no otro. A medida que se instalaba más energía renovable, el *pool* bajaba más y por tanto se incrementaba en la misma medida la cuantía de las primas. Se casaba a precios cada vez más bajos y, en consecuencia, subían en la misma proporción las obligaciones que había asumido el Estado. Esto deriva de una evidente falta de planificación, acuciada por la entrega del sistema de autorizaciones propio del régimen especial a las Comunidades Autónomas.

A todo ello hay que unir que, por las propias dimensiones de la España peninsular, el viento afecta de manera muy similar y uniforme a todos los territorios, de tal manera que los precios bajan cuando sopla porque lo hace prácticamente en casi toda la península o en áreas muy extensas. De ahí que las horas de *pool* más caro son aquellas en las que los parques eólicos no están en funcionamiento.

El sistema es tan complicado y endemoniado que impide a las instalaciones del sector de las renovables obtener un beneficio mínimo del mercado, ya que se ven obligadas a vender la energía que producen a cero euros, lo que es determinante para la fijación del precio final de la subasta. En un mercado real, en un auténtico mercado, nadie produce para regalar el objeto de su producción. En un mercado real son los agentes económicos, y no los boletines oficiales, los que conforman el precio final. Y, en ese sentido, deberíamos preguntarnos: ¿puede hablarse en sentido estricto de «primas» cuando no existe propiamente un mercado? Dicho de otro modo, ¿y si la prima al régimen especial no encajara dentro del concepto formal y estricto de subvención pública y, en cambio, sí formara parte del objeto de una omnimoda potestad tarifaria de la Administración? En ese caso, ¿podrían modificarse retroactivamente las tarifas devengadas y cobradas? Evidentemente, no.

Dicho esto, podríamos sostener la existencia de una naturaleza jurídica homogénea entre las «ayudas» de las que se benefician las renovables y el déficit de tarifa, que no deja de ser una ayuda encubierta a las grandes empresas del sector. Al fin y al cabo, el llamado déficit de tarifa puede ser considerado un sistema de apoyo encubierto o solapado. Por eso, sorprende la desigualdad de trato entre ambos mecanismos de apoyo. Cabe recordar que, mediante el Real Decreto-Ley 6/2009, de 30 de abril, se aprobó crear el Fondo de Amortización del Déficit Eléctrico (FADE) con el fin de dotar de garantías a la deuda acumulada. El FADE se constituyó el 14 de enero de

2011 con objeto de facilitar la titulización del déficit de tarifa que poseen las generadoras del sector eléctrico, que son las cedentes al fondo. Los bonos emitidos por el FADE gozan del aval del Estado.

De todo ello cabe colegir que el déficit de tarifa, tantas veces invocado como excusa para la reforma del sector eléctrico, no es imputable a las energías renovables. Dadas las peculiares características del sistema depende de otros factores, como la demanda, sin que podamos soslayar su incremento por la aplicación de otros conceptos, como los diferentes peajes previstos en nuestra legislación. Cuando no existe libre mercado, debe existir, al menos, planificación pública. Las principales causas del déficit de tarifa son la inexistencia de un mercado libre en el que se fijen los precios y la ausencia absoluta de planificación, aunque fuera indicativa. Y, a tal efecto, cabe subrayar que en un mercado libre son los agentes económicos, y no las normas a través de las correspondientes restricciones, quienes fijan los precios, sin que ello suponga merma alguna de las competencias que ostenta la Administración para salvaguardar la libre competencia y la defensa del consumidor. El principal problema para «liberalizar» completamente el sector estriba en que subyace la convicción de que existe un oligopolio vertical que puede alterar las decisiones del mercado. Y es obvio que las pequeñas empresas de energías renovables no forman parte de dicho oligopolio.

Lo que es indudable es que se ha producido una disociación, una escisión del régimen jurídico, económico y de garantías del Estado entre las medidas de apoyo a las energías renovables y el conjunto de medidas de apoyo al resto de sectores, lo que nos lleva a una desigualdad de trato más, como vamos a analizar en el siguiente epígrafe.

10. La igualdad como cláusula de cierre del sistema: la detección de desigualdades no razonables

Se acusó al viejo Derecho liberal de estar fundamentado en la inestabilidad de las voluntades, con el riesgo que ello acarreaba de generar desigualdades en el disfrute de los derechos. De ahí que el Derecho público debía asentarse sobre otras premisas, destinadas a garantizar una estabilidad. Por ello, se articulan en todos los países en los que impera el Estado de Derecho, principios tales como la seguridad jurídica o la confianza legítima. Un Estado voluble no puede garantizar dichos principios, que son los que permiten la seguridad económica.

Y frente a las desigualdades que genera el Derecho privado, asentado sobre la voluntad y no sobre la igualdad de la posición previa de las partes, el Derecho público se fundamenta en la igualdad de trato entre iguales y en la desigualdad razonada y razonable para tratar las situaciones desiguales.

Por ello, el último parámetro que permite fiscalizar las medidas que lleva aparejadas el riesgo regulatorio es apreciar si las mermas retributivas inherentes a él se concretan de un modo razonablemente igual para todo el sistema. Pues bien, se pueden apreciar graves desigualdades, algunas de las cuales han ido aflorando al hilo del examen de las cuestiones tratadas en las páginas anteriores. A tal efecto, no deberíamos olvidar que toda trasgresión o infracción del legislador suele acarrear una violación del principio de igualdad. Sin embargo, y en aras a la concreción, pasemos a enunciar algunas de las más graves vulneraciones del referido, y nunca suficientemente manido, principio.

Por un lado, no ha habido una reducción transversal de todas las retribuciones que, bajo los diferentes conceptos de peajes y cargas, se reconocen a los diferentes agentes que participan en el sector eléctrico.

Especialmente, el diferente tratamiento que se ha dado a los productores ha sido sangrante, en la medida en que, tras proclamarse la desaparición del régimen especial, se han mantenido las ayudas a determinadas actividades reconocidas en el anterior régimen ordinario. De hecho, se siguen manteniendo las ayudas directas o implícitas que perciben las empresas propietarias de instalaciones hidroeléctricas y nucleares. Es decir, las mermas retributivas han alcanzado de manera especial y significativa a quienes entran dentro del ámbito objetivo de la normativa reguladora de las energías renovables, cogeneración y residuos. A ello hay que unir que el mecanismo retributivo que permite a todas las tecnologías recibir el precio final de mercado (el de la última y más cara tecnología en entrar) es el origen de los grandes beneficios obtenidos por la energía nuclear y por la hidroeléctrica.

Sin embargo, el principal problema arranca del propio Real Decreto-Ley 9/2013 cuando hace una diferenciación entre la homogeneidad que se predica del sistema retributivo aplicable a las actividades de transporte y distribución y la heterogeneidad que se acaba imponiendo, como ya hemos analizado, a las producción de energía a través de fuentes renovables. Recordemos que el citado Real Decreto-Ley, tanto en la Exposición de Motivos como en el artículo 1, proclama que *«en las metodologías retributivas de las actividades de transporte y distribución se considerarán los costes necesarios para realizar la actividad por una empresa eficiente y bien gestionada, mediante la aplicación de criterios básicos que serán homogéneos en todo el territorio español.»*

Sin embargo, en el párrafo posterior, cuando se acomete la modificación del artículo 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico se dice que, a los efectos del cálculo de la retribución específica aplicable a energías renovables, *«en ningún caso se tendrán en consideración los costes o inversiones que vengan determinados por normas o actos administrativos que no sean de aplicación en todo el territorio español»*. Del mismo modo, como hemos analizado, se

establece que «*sólo se tendrán en cuenta aquellos costes e inversiones que respondan exclusivamente a la actividad de producción de energía eléctrica*».

Por tanto, frente a la pretendida homogeneidad del sistema retributivo aplicable a las redes, nos encontramos con el reconocimiento de que un parque con las mismas condiciones y características puede obtener de facto un rendimiento mayor o menor en función de los costes administrativos, fiscales, o incluso de construcción de redes, que hayan debido asumir en función de las normas existentes en los diferentes territorios del Estado. Todo ello sin perjuicio de las veleidades consustanciales a sus actos de aplicación. A tal efecto, cabe recordar que, como ha ocurrido de manera manifiesta en el caso de Aragón, los promotores asumieron el coste de las infraestructuras necesarias para la conexión a la red que, como consecuencia del régimen *cuasi-concesional* que subyace, tuvieron que ceder a las empresas que gestionan el monopolio natural de la distribución (46). Para más inri, las empresas de generación deben pagar ahora los correspondientes peajes a las grandes empresas que gestionan las redes de transporte y distribución.

Por otro lado, incluso dentro de esta categoría que engloba las energías renovables, cogeneración y residuos, se vulnera el principio de igualdad al considerar unos costes u otros de forma aleatoria en función de la tecnología utilizada.

Hay también una desigualdad de origen territorial, tal como pone de manifiesto la Orden IET/1459/2014, de 1 de agosto, por la que se aprueban los parámetros retributivos y se establece el mecanismo de asignación del régimen retributivo específico para nuevas instalaciones eólicas y fotovoltaicas en los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares. Se podrá argumentar que la desigualdad es razonable en la medida que afecta exclusivamente a los territorios extrapeninsulares, lo que no es tan razonable es la metodología en la que se concreta dicha desigualdad razonable, ya que se fijan unos costes de mantenimiento y se reconocen unos parámetros de inversión completamente distintos, lo que eleva significativamente las retribuciones que perciben las empresas.

En suma, la retribución específica implica el mantenimiento *de facto* de un régimen especial, lo que aún es más discutible es la existencia de regímenes singulares —y, por tanto, especiales— dentro del propio régimen especial.

(46) La propia legislación estatal, como el RD 661/2007, hizo gravitar sobre los promotores del «régimen especial» el coste de las redes de evacuación y de los eventuales refuerzos necesarios en la red de «servicio esencial», salvo que no fueran de su exclusiva utilidad, lo que supone la extensión de las redes de distribución con destino a unidades del «régimen especial» es a costa de sus promotores, salvo que esta extensión termine siendo propiedad del distribuidor y la utilice para mallar su red y garantizar la calidad de la que es responsable.

Todo ello genera diferencias de trato, desigualdades no razonables y, en definitiva, discriminación.

IV. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS TÍTULOS HABILITANTES Y LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS TITULARES DE LOS MISMOS

1. La variable naturaleza jurídica del viento

Aunque la energía fotovoltaica es la transformación directa de la radiación solar en electricidad, sería absurdo desencadenar un debate acerca de la naturaleza jurídica del sol o de sus radiaciones. Sin embargo, no ocurre lo mismo en el caso del viento, a tenor de lo expuesto en algunos pronunciamientos jurisprudenciales.

A diferencia de otros recursos naturales que también poseen capacidad para producir energía, como el agua y los recursos mineros e hidrocarburos, no existe una norma específica sobre el aire o el viento que defina su naturaleza ni caracterice sus aprovechamientos. Mas la tecnología permite en la actualidad un rendimiento económico de los «recursos eólicos» que merece un análisis especial.

No obstante, parece difícil la aprobación de una ley monográfica sobre el aire. Siempre habrá normas sectoriales que aborden algunos de los problemas que le afectan, como las relativas a la contaminación atmosférica o la navegación aérea (47). Pero barrunto que no habrá nunca una norma que incida en su naturaleza jurídica y formule una regulación general. Mejor, no fuera a ser que, conociendo las querencias de nuestro legislador, dicha norma declarara que respirar es un uso común general o que la utilización de botellas de buceo está sometida a los condicionantes de un uso común especial, cuando no de un uso privativo.

Abordé tangencialmente la cuestión de la naturaleza jurídica del viento en un trabajo anterior. (48) En él recalqué que, a diferencia de lo que ocurre con el aprovechamiento de los recursos minerales y de otros bienes demaniales, ni el aire es un bien de dominio público ni esa actividad está reservada, en sentido estricto, al sector público.

Me pronuncié a favor de asimilar la naturaleza jurídica del viento a la antigua categoría romana de las «res communis omnium». A diferencia de las «res nullius», que serían las cosas que nunca tuvieron dueño —como los animales salvajes o los productos del mar— las cosas comunes como el aire, las

(47) La Ley 35/2007, de 15 de noviembre, lleva el significativo título de «calidad del aire y protección de la atmósfera» y la Ley de Navegación Aérea data de 1960.

(48) GARCÉS SANAGUSTÍN (1999: 265-266).

aguas corrientes, los mares y las costas no podían ser objeto de apropiación. Otra cuestión distinta es que los avances tecnológicos hayan ido permitiendo a lo largo de los siglos el aprovechamiento privado y consiguiente patrimonialización de estos bienes. Para ello se elaboró la teoría del dominio público y su aprovechamiento a través de las concesiones.

Sin embargo, el viento, como fenómeno meteorológico ajeno a la voluntad humana, que además es imposible almacenar, controlar y, por tanto, patrimonializar, permanecerá siempre al margen de la noción de dominio público. Es más, debería mantener su carácter común con independencia de que la actividad empresarial de producción de energía eléctrica a través de la energía eólica pudiera ser objeto de una hipotética reserva formal al servicio público.

Lo relevante, sin embargo, es lo que dice al respecto la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Las SSTs de 28 de marzo (ROJ 2006, 1798) y 26 de junio de 2006 (ROJ 2006, 3790) (49) constatan que el viento no puede considerarse como un bien demanial y se afirma categóricamente que el viento pertenece a las llamadas «res communis omnium», por tener carácter inapropiable (50).

No obstante, también es cierto que ningún aprovechamiento de un recurso natural deja inalterado el recurso. Cuando se habla de usos no consuntivos del agua, como el aprovechamiento hidroeléctrico, se olvida que dicho uso requiere el almacenamiento de determinados caudales. Como recoge la STS de 26 de junio de 2006, «*el hecho de que la corriente del viento tras el paso por las palas del rotor sea menor o incorpore turbulencias... supone que los aerogeneradores ralentizan el viento que dejan tras de sí*», lo que supone la existencia de unas zonas de influencia sobre las fincas vecinas, que se ven privadas de facto para poder ejercer la misma actividad.

Y, finalmente, admitamos también que una actividad no reservada formalmente al sector público puede ser también objeto de restricciones como consecuencia de una serie de factores que permiten generalizar el silencio administrativo negativo o proceder a la suspensión de nuevas actividades (51). En el caso de las energías renovables dichos condicionantes son dos: uno económico y otro técnico. El condicionante económico está determinado por

(49) Ponentes Manuel CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA y Francisco TRUJILLO MAMELY, respectivamente.

(50) Son muy interesantes al respecto las opiniones vertidas por DELGADO PIQUERAS, Francisco, en su trabajo «La naturaleza jurídica de la energía eólica», publicado en TORRES LÓPEZ y ARANA GARCÍA (Dirs.) (2010: 223-228).

(51) Aunque esto no signifique dar carta blanca a los poderes públicos como pone de manifiesto DEL GUAYO CASTIELLA (2012: 240-251) a propósito del Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, de suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y de supresión de las primas para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica mediante fuentes de energías renovables y residuos.

unos recursos presupuestarios finitos. El condicionante técnico viene determinado por la capacidad de absorción de la red, que comporta la necesidad de planificar y priorizar la energía que puede evacuarse. Todo ello provoca una metamorfosis de los títulos habilitantes, que analizaremos en el epígrafe siguiente, sin que en ningún caso esta realidad tenga que significar una merma de derechos para los empresarios del sector. Todo lo contrario, si una figura está especialmente protegida en nuestro ordenamiento es la del concesionario, en la triple vertiente de titular de un derecho real, contratista y receptor de un acto administrativo declarativo de derechos.

Aun reconociendo esta realidad, deberíamos plantearnos por qué, con independencia de la naturaleza de cada una de las instituciones jurídicas, acaban convergiendo en la normativa las mismas regulaciones y los mismos planteamientos. Tal vez porque dichas normativas permiten un control pleno y discrecional por parte de las Administraciones públicas. Tal vez también porque muchos empresarios prefieren el «trato» con las instituciones que la aplicación de las leyes de mercado. Con independencia de los títulos administrativos que permiten su utilización, lo cierto es que el agua, la tierra, el aire y el fuego están sometidos a regulaciones parejas, que convergen en la discrecionalidad administrativa, la falta de competencia real o de un mercado que merezca tal nombre, la patrimonialización de derechos a largo plazo por los empresarios o particulares que ostentan la titularidad de las autorizaciones o concesiones y, por último, la pérdida de cualquier noción que tenga que ver con lo común, que se difumina a través de los usos o de la escasa o nula repercusión de los aprovechamientos en el erario.

2. La desnaturalización de los títulos habilitantes que permiten el aprovechamiento de la energía eólica

Como ya hemos apuntado en el epígrafe anterior, la intervención administrativa en el tradicional, y aparentemente finiquitado, sistema de régimen especial ha excedido los límites de las clásicas y estandarizadas autorizaciones administrativas. Tanto cuando el sistema se ha basado en autorizaciones basadas en un importante ejercicio de potestades administrativas discrecionales como cuando se ha acudido al sistema de preasignación o «preadjudicación» a través de concursos públicos que no han renunciado a una parte desproporcionada de aplicación de criterios discrecionales, lo cierto es que el título habilitante se parecía más a una concesión administrativa que a la típica autorización (52).

(52) Por ello, sorprende que CASTELLANOS GARIJO (2012: 188-195) insista en el carácter reglado de los primeros procedimientos autorizatorios y considere que la irrupción de la discrecional se produce únicamente a partir del paso a los procedimientos concursenciales.

De hecho, algunas de las primeras normas autonómicas, como la gallega (53) y la aragonesa (54), se pertrecharon de los conceptos existentes en la legislación de minas, lo que nos aboca, una vez más, a la figura de la concesión administrativa que, como ya sabemos, se asienta en la noción de discrecionalidad, tantas veces adulterada por la arbitrariedad que impregna muchas actuaciones administrativas (55).

Es más, esa discrecionalidad se ha manifestado además en la imposición de cargas y obligaciones que habían de cumplir los titulares de las autorizaciones, que se hallaban en una especie de situación estatutaria, caracterizada por un conjunto de derechos, obligaciones y cargas contenidos en la legislación autonómica y concretados, en ocasiones de forma gravosa, en los actos de aplicación de la misma.

Mas esta opinión, que ya esboqué hace tres lustros, coincide con la que se expone en la referida Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, que señala la necesidad de que *«sin perjuicio de las diferencias entre las estructuras administrativas y la organización de los Estados miembros, las responsabilidades respectivas de los organismos administrativos nacionales, regionales y locales en materia de procedimientos de autorización, certificación y concesión de licencias se coordinen y definan claramente, lo que comprende la planificación espacial, con calendarios transparentes para la determinación de las solicitudes de planificación y construcción»* (artículo 13.1.a) y con lo consignado por la Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo, COM (2009) 192 final, que indica que entre los motivos del despeque insatisfactorio de las fuentes renovables en España se encuentra la falta de transparencia y sencillez tanto en los procedimientos administrativos como en la conexión a la red eléctrica de las instalaciones productoras. Por ello, dicha Comunicación recomienda la existencia de un único órgano de decisión respecto a las autorizaciones, licencias y permisos de conexión.

En este orden de cosas, la aceptación de toda esta panoplia de obligaciones y cargas solo tenía sentido desde la perspectiva de la los derechos inherentes a la percepción de ayudas públicas.

Seamos claros al respecto. Bajo la denominación de permisos o autorizaciones subyacía un régimen jurídico que se asimilaba al de las típicas concesiones y ello implicaba un incremento de la discrecionalidad que, como ocurre

(53) Decreto 205/1995, de 6 de julio, por el que se regulaba el aprovechamiento de la energía eólica en la Comunidad Autónoma de Galicia.

(54) Decreto 279/1995, de 19 de diciembre, de la Diputación General de Aragón, por el que se regulaba el procedimiento para la autorización de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de la energía eólica.

(55) La pulsión mimética de la Comunidades Autónomas ha generado problemas similares en todos los territorios. Véase al respecto DELGADO PIQUERAS y GARRIDO CUENCA (2010).

desgraciadamente en tantas ocasiones, acaba trocándose en arbitrariedad. En suma, la norma convirtió lo reglado en discrecional y su aplicación transformó la discrecionalidad en arbitrariedad.

En consecuencia, los promotores de energías renovables se convierten en una suerte de *cuasi-concesionarios*, por mor de las gravosas situaciones jurídicas que soportan, por la inexistencia de un auténtico mercado, por la omnipresencia y omnipotencia de las regulaciones administrativas y, en suma, por sus relaciones jurídicas permanentes con la Administración y con aquellos operadores que, en cierto modo, la representan al ostentar auténticos monopolios naturales.

3. La indefinición de la situación jurídica derivada del otorgamiento de los títulos habilitantes: ¿ni resarcimiento de perjuicios ni equilibrio económico-financiero?

¿Estamos ante una expropiación legislativa o ante la responsabilidad del Estado-legislador, es decir, ante un supuesto de producción de daños por la acción del legislador, que deben ser resarcidos? En este último caso existen precedentes legales y jurisprudenciales en nuestro ordenamiento jurídico y en el comunitario. La denominada responsabilidad del Estado-legislador comprende todos aquellos supuestos cuyo común denominador se encuentra en los daños económicamente evaluables que resultan de la actividad legislativa y que acarrear la obligación de resarcimiento (56).

Antes de nada, deberíamos hacer una reflexión sobre uno de los aspectos esenciales de la moderna conformación de la doctrina administrativista. Los grandes maestros de nuestra disciplina empiezan a elaborar su obra en plena dictadura. Ello hace que sean muy escrupulosos con las actuaciones administrativas, que deben estar sometidas al imperio de la ley. La ley es el origen, el fundamento de cualquier actuación administrativa y fija los límites de la misma. Esa naturaleza esencial de la ley encumbra al legislador. Pero el legislador no deja de ser un poder público, sometido a normas jurídicas superiores y con capacidad para producir daños a terceros (57).

(56) Obviamente, son de obligada consulta las obras de GARCÍA DE ENTERRÍA (2005: 115-144) y GONZÁLEZ PÉREZ (2010: 61-138). Especialmente reacio al reconocimiento de la responsabilidad por actos legislativos es GARCÍA DE ENTERRÍA, quien defiende la inexistencia de la jurisdicción de los tribunales contencioso-administrativos para decidir acciones de condena contra el legislador. Subyace detrás de su doctrina la necesidad de evitar determinados quebrantos al erario. Por su parte, GONZÁLEZ PÉREZ distingue metodológicamente entre la responsabilidad del Estado derivada de actos legislativos y la derivada de las relaciones internacionales.

(57) ALONSO GARCÍA (1999: 24) explica el porqué de la inmunidad de la que han gozado tradicionalmente los Parlamentos en este ámbito. Alude a dos factores que revelan la

Subyace, en el fondo, una idea que transita a través de los siglos en el pensamiento occidental y que ya proclamó Cicerón cuando dijo que la libertad consistía en ser esclavo de la ley. Y, aunque en Occidente, el camino trazado haya consistido en conseguir, primero, una relativa separación de poderes para, posteriormente, consolidar un sistema democrático, no debemos olvidar que, en la actualidad y como consecuencia de las derivaciones indeseadas del juego de los partidos políticos, los sistemas democráticos actuales no garantizan escrupulosamente la separación de poderes. Como analizábamos anteriormente, el Gobierno es hoy el principal productor de normas de rango de ley, por muy provisionales que sean en teoría los decretos-leyes. Habida cuenta de la inexistencia de una reserva reglamentaria, el legislador —o el Gobierno suplantando al legislador— pueden incidir en ámbitos o escalones que parecerían propios de la potestad reglamentaria. Es el caso de las leyes que aprueban planes de ordenación territorial, urbanística o medioambiental, o también las relaciones genéricas y sin motivación que contienen la declaración de obras públicas de interés general, sobre todo en el supuesto de las obras hidráulicas (58).

Dicho esto, cabe recordar que los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo que examinan la responsabilidad derivada de la promulgación de Leyes recaen con ocasión de determinadas expresiones del Tribunal Constitucional —en declaraciones formuladas *obiter dicta*, realmente— contenidas en las Sentencias 108/1986, de 29 de junio, 99/1987, de 11 de junio, y 70/1988, de 19 de abril, al enjuiciar la constitucionalidad de las normas relacionadas con la reducción de la edad de jubilación de jueces y magistrados, funcionarios públicos y profesores de EGB. El Tribunal Constitucional había aludido a que si bien la modificación legal no es disconforme con la Constitución, sí origina una frustración de las expectativas existentes y, en determinados casos, perjuicios económicos que «pueden merecer algún género de compensación».

A partir de este momento se suceden múltiples sentencias que se refieren a daños emanados de la aplicación de normas legales constitucionales. Sola-

diferente posición del Poder legislativo y del Poder ejecutivo. De una parte, la Ley no podrá ser calificada de injusta ni el Parlamento de culpable, debido a la posición e independencia del Poder legislativo. De otra parte, la generalidad predicable de la Ley excluye la configuración de los perjuicios de ella derivados como especiales o particulares, los cuales están reservados al instituto expropiatorio. En el mismo sentido MESTRE DELGADO (2004: 106) reconoce que la imputación de daños al legislador le plantea muchas reticencias al jurista. Asimismo, GARCÍA DE ENTERRÍA (2003: 95-112).

(58) Recordemos que la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, declaró de modo genérico más de ochocientas futuras inversiones públicas como de interés general, sin que la citada enumeración previera ni una sola motivación, requisito indispensable para las actuaciones administrativas.

mente en muy contados casos se efectúan pronunciamientos reconociendo responsabilidad. De forma destacada así ocurrió con la eliminación de la exención arancelaria de cupos de pesca a consecuencia de la entrada de España en la Comunidad Europea. Entendió el Tribunal Supremo que se habían quebrantado los principios de buena fe y confianza legítima, dado que la Administración había desarrollado inmediatamente antes de esa fecha una acción de fomento lesionando anteriores derechos adquiridos (STS de 5 de marzo de 1993) (59), calificando la actuación administrativa, en función de esos derechos adquiridos de los recurrentes, como una auténtica actuación expropiatoria merecedora de compensación conforme a lo dispuesto en el art. 33 de la Constitución (STS de 27 de junio de 1994) (60).

Pero no es la única resolución judicial que recoge la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador en un asunto relacionado con el ejercicio de determinadas actividades económicas. Cabe recordar que, en un Estado complejo como el nuestro, la responsabilidad puede dimanar de actos legislativos aprobados por las Cortes Generales o por los diferentes parlamentos autonómicos. En ese sentido, cabe recordar que las SSTs de 8 de octubre y 9 de octubre de 1998 (ROJ 5718/1998 y 5765/1998) acordaron la indemnización por los daños causados a las empresas recurrentes como consecuencia de la aplicación de la Ley canaria 5/1986, de 28 de julio, por la que se estableció el Impuesto Especial de dicha Comunidad Autónoma sobre Combustibles Derivados del Petróleo, toda vez que se estableció un tributo sin considerar las posibles situaciones jurídicas individualizadas preexistentes; en particular en lo relativo al combustible ya adquirido en la refinería (61).

En la actualidad, la responsabilidad del Estado-legislador encuentra su apoyatura jurídica en el art. 139.3 de la LAP, que reconoce la obligación de indemnizar a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que estos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos. Este artículo resulta ciertamente perturbador, pues interpretado *sensu contrario* parece decir que la responsabilidad por los daños causados por una Ley no expropiatoria queda excluida cuando así se prevea en la misma o cuando no se contemple la correspondiente reparación. La interpretación más razonable es que, dejando a un lado los supuestos de las Leyes de naturaleza expropiatoria, habrá que estar a lo que dispongan las propias Leyes. El problema de fondo es con qué alcance

(59) STS de 5 de marzo de 1993 (ROJ 1228/1993); ponente Melitino GARCÍA CARRERO.

(60) STS de 27 de junio de 1994 (ROJ 4951/1994); ponente Manuel GODED MIRANDA.

(61) Dichas resoluciones fueron objeto de algunas críticas por la doctrina. Puede consultarse al respecto MESTRE DELGADO (2004: 179).

se reconoce —si es que ha de reconocerse a partir de un precepto de rango legal— esta posible indemnización, y es que un examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo durante estos últimos años revela que se han flexibilizado y ensanchado considerablemente los márgenes del art. 139.3 de la LAP, reconociendo la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador incluso en la hipótesis en la que las disposiciones legales causantes de los perjuicios omiten cualquier alusión a la posible indemnización (STS de 29 de febrero de 2000) (62). Es más, la jurisprudencia más reciente se refiere de forma decidida a un «núcleo indisponible» para el legislador, de suerte que la ausencia de regulación legal no enerva el derecho a exigir responsabilidad por los daños ocasionados por los poderes públicos (SSTS de 26 y 27 de noviembre de 2009 y 30 de noviembre de 2010) (63).

Ha acabado reconociendo que la responsabilidad patrimonial por actos del legislador sí está contemplada en el art. 9.3 de la Constitución, además de en el art. 139.3 de la Ley procedimental, que se remite a lo que se establezca en los propios actos legislativos (SSTS de 18 de mayo de 2000 y 25 de febrero de 2011) (64). Incluso el silencio de la Ley sobre la procedencia de una indemnización no constituye necesariamente una vulneración de la Constitución, como reconoció la STC 28/1997, de 13 de febrero, lo que obliga a indagar sobre la finalidad de cada Ley a fin de constatar si existe un «propósito indemnizatorio». Ello suscita, indudablemente, el problema de la jurisdicción competente, ya que se asigna a la jurisdicción contencioso-administrativa una competencia que parece reservada al Tribunal Constitucional, como han manifestado voces críticas con esta jurisprudencia. La Sentencia de 25 de febrero de 2011 constituye una buena muestra de la vuelta de tuerca de la exégesis del principio constitucional de responsabilidad de los poderes públicos, al reconocer que no hay en nuestro sistema constitucional ámbitos exentos de responsabilidad, y que el Estado está obligado a reparar los daños antijurídicos que tengan su origen en la actividad de los poderes públicos, sin excepción alguna. Aunque el legislador goza de un importante margen de maniobra pudiendo configurar los mecanismos de garantía, no puede crear «espacios inmunes fundados en la ausencia de regulación».

(62) STS de 29 de febrero de 2000 (ROJ 1574/2000); ponente Juan Antonio XIOL RÍOS.

(63) STS de 26 de noviembre de 2009 (ROJ 7422/2009), cuyo ponente es Ricardo ENRÍQUEZ SANCHO; STS de 27 de noviembre de 2009 (ROJ 7515/2009), cuyo ponente es Joaquín HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO; y STS de 30 de noviembre de 2010 (ROJ 6330/2010), cuyo ponente es Segundo MENÉNDEZ PÉREZ.

(64) (ROJ 4051/2000) y (ROJ 1032/2011), cuyos respectivos ponentes fueron José Manuel SIEIRA MÍGUEZ y Carlos LESMES SERRANO.

En síntesis, la interpretación que ha efectuado el Tribunal Supremo (65) se asienta en tres conceptos esenciales:

i) Antijuridicidad. El concreto supuesto al que se refiere el art. 139.3 LAP no se refiere ni a la Ley expropiatoria ni a la Ley delimitadora de derechos, sino a los actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que los particulares no tengan el deber jurídico de soportar. La antijuridicidad se aprecia especialmente en los supuestos en los que, según nuestro Tribunal Supremo, se percibe que el cambio legislativo conlleva una abierta situación de discriminación o afecta al perjudicado con unas cargas ostensibles. En este sentido, la sentencia de 26 de noviembre de 2009 señala que:

«Esta Sala ha declarado en alguna ocasión (sentencia de 30 de noviembre de 1992, entre otras) que no puede construirse por los tribunales una responsabilidad de la Administración por acto legislativo partiendo del principio general de responsabilidad de los poderes públicos reconocido en el artículo 9.3 CE. Sin embargo, en otras (sentencias de 15, 25, 30 de septiembre, 7 de octubre, y 17 y 19 de noviembre de 1987) ha declarado que «consagrada en el artículo 9.3 de la Constitución la responsabilidad de los Poderes Públicos, sin excepción alguna, resulta evidente que cuando el acto de aplicación de una norma, aun procedente del Poder Legislativo, supone para sus destinatarios un sacrificio patrimonial que merezca el calificativo de especial, en comparación con el que puede derivarse para el resto de la colectividad, el principio constitucional de la igualdad ante las cargas públicas impone la obligación del Estado de asumir el resarcimiento de las ablaciones patrimoniales producidas por tal norma y el acto de su aplicación, salvo que la propia norma, por preferentes razones de interés público, excluya expresamente la indemnización». Por otra parte, aun sin citar expresamente el artículo 9.3 CE esta Sala ha declarado repetidamente y con diferentes matices según las circunstancias del caso, que la Administración del Estado es responsable por los daños sufridos por los particulares por actos de aplicación de leyes declaradas después inconstitucionales».

ii) Singularidad. La singularidad no implica que la norma sea singular y, en consecuencia, afecte a un sujeto concreto. Significa que la norma produce unos perjuicios a un colectivo de personas físicas o jurídicas, que se traduce en daños individualizados y evaluables. Si lo entendiéramos de otro modo, acabaríamos renunciado a la aplicación de esta figura, dada la excepcionalidad de las leyes singulares. Obviamente, como hemos visto en relación a funcionarios o armadores pesqueros, afecta a un colectivo más o menos amplio de personas. Pero es más, como pone de manifiesto la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, a lo largo de sus 1.761 páginas del BOE,

(65) En su día se abordó esta cuestión por GALÁN VIOQUE (2001: 313-323), aunque obviamente se han producido importantes novedades jurisprudenciales durante más de una década, como estamos analizando.

hay una afección singular que se intenta abordar desde una pretendida homogeneidad.

iii) Imprevisibilidad. Como ha señalado el Tribunal Supremo, estamos ante supuestos de responsabilidad del Estado-legislador cuando la producción del daño revista caracteres «suficientemente singularizados e imprevisibles, como para que aquellos puedan considerarse intermediados o relacionados con la actividad de la administración llamada a aplicar la Ley» (STS de 18 de mayo de 2000 y otras muchas posteriores). La imprevisibilidad se agudiza cuando en el caso de las disposiciones legislativas provisionales que conocemos como decretos-leyes.

Dicho esto, lo cierto es que la jurisprudencia ha conducido, pero no circunscrito, los supuestos prototípicos de responsabilidad del Estado-legislador a dos: las Leyes declaradas inconstitucionales (66) [SSTS de 29 de febrero de 2000, de 17 de julio de 2003, de 2 de junio de 2010 (67)] y la responsabilidad derivada del incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, como se recoge en una amplia jurisprudencia de su Tribunal de Justicia (68). En estos casos, parece exigible un previo pronunciamiento de las correspondientes instancias.

No obstante, también se ha recocado la existencia de responsabilidad patrimonial por actos legislativos cuando el órgano jurisdiccional, indagando en la voluntad del legislador, deduce, aunque sea de modo presunto, un propósito indemnizatorio al constatar la producción de una lesión o daño real y efectivo en los bienes o derechos de los particulares al margen de la potestad expropiatoria (SSTS de 18 de octubre de 2001 y 17 de junio de 2009) (69).

Además, existe un ámbito propicio para poder deducir la responsabilidad patrimonial producida por determinadas leyes, generalmente autonómicas. Es el caso del urbanismo. Los importantes cambios legislativos efectuados en las Comunidades Autónomas de las Islas Baleares y de las Islas Canarias, territorios densamente desarrollados por razón de sus incentivos turísticos, han sido

(66) Esta cuestión ya fue abordada en su día por ALONSO GARCÍA (2002: 215-240).

(67) STS de 17 de julio de 2003 (ROJ 5121/2003), cuyo ponente es Santiago MARTÍNEZ-VARES GARCÍA; y STS de 2 de junio de 2010 (ROJ 3898/2010), cuyo ponente es Segundo MENÉNDEZ PÉREZ. Por otro lado, tampoco debemos olvidar algunos pronunciamientos contrarios al respecto, como los contenidos en las SSTS 4220/2003, 4222/2003 y 4224/2003, todas ellas de 17 de junio (ponente Juan Antonio XIOL RÍOS), que consideran que no se dan los requisitos que permiten un pronunciamiento favorable a la acción de responsabilidad.

(68) Sin ir más lejos, la STJUE de 27 de febrero de 2014 (*Asunto C-82/12, transportes Jordi Besora*) ha declarado que el Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos (IVMDH) resulta contrario al Derecho Comunitario. El IVMDH se creó por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

(69) STS de 18 de octubre de 2001 (ROJ 8008/2001), cuyo ponente fue José Manuel SEIRA MÍGUEZ, y STS de 17 de junio de 2009 (ROJ 4335/2009) de la que fue ponente María del Pilar TESO GAMELLA.

determinantes en los últimos años de una consolidada jurisprudencia sobre acciones de responsabilidad patrimonial por actos legislativos con incidencia en el ámbito urbanístico, especialmente la desclasificación de suelo urbano o urbanizable. Se trata de grupo de supuestos en los que se viene declarando la existencia de un eventual derecho a la indemnización, en conexión con el art. 139.3 de la LAP, ya que se trata de Leyes que, sin tener naturaleza expropiatoria ni ser inconstitucionales, entrañan efectos perjudiciales para sus destinatarios. De nuevo se plantea en este caso un problema de jurisdicción, pues o bien se reconoce que ha de ser la propia Ley la que determine el alcance de las consecuencias indemnizatorias, o se confía a los jueces y tribunales el establecimiento o no de medidas compensatorias o indemnizatorias anudadas a la nueva regulación, como viene defendiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La responsabilidad patrimonial por actos legislativos en el ámbito urbanístico requiere, en todo caso, la existencia de derechos consolidados para que sea procedente el derecho a una indemnización por el cambio de planeamiento por acto legislativo (70). La modificación del planeamiento solo genera responsabilidad patrimonial de la Administración cuando se produce minoración

(70) Cabe traer a colación, porque en sus fundamentos jurídicos recoge perfectamente la doctrina jurisprudencial anterior, la citada STS de 17 de junio de 2009. En ella se aborda un supuesto de responsabilidad por actos del poder legislativo de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, enjuiciándose la posible indemnización por la desclasificación del suelo urbanizable a rústico operada por la Ley 6/1999, de 3 de abril, de las Directrices de Ordenación Territorial de las Islas Baleares y de Medidas Fiscales. En ella se afirma: «Solo cabe estimar la responsabilidad patrimonial por acto legislativo cuando se produce un daño efectivo debido a actos de aplicación de las leyes, que origina un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos afectados de manera concreta por las actuaciones administrativas anteriores y conexas con la aprobación de la Ley», y que «la privación mediante acto legislativo de derechos de esta naturaleza urbanística debe acomodarse al grado del contenido patrimonial consolidado del que se priva al propietario, mediante la escalonada incorporación de derechos derivados de la ordenación urbanística al patrimonio del propietario, tales como el derecho a urbanizar, derecho al aprovechamiento urbanístico, o el derecho a edificar y a la edificación. De manera que solo cuando los deberes del propietario en el proceso urbanizador han sido cumplidos puede decirse que se han incorporado a su patrimonio los contenidos que la norma, de modo artificial, añade a su derecho inicial, toda vez que solo en tal caso ha contribuido a que dicho ejercicio sea posible». Por otro lado, ya STS de 17 de febrero de 1998 (rec. 327/1993) señala que no puede descartarse la existencia de responsabilidad aun tratándose de actos legislativos, como en el caso de la Ley balear de Declaración de Determinados Espacios como Área Natural de Especial Interés. El TSJ de Baleares había planteado una cuestión de inconstitucionalidad, que dio lugar a la STC 28/1997, de 13 de febrero. En ella se reconoce que, no obstante el silencio de la Ley sobre la procedencia de una indemnización, ello no significa que se vulnere el art. 33.3 CE, sino que este extremo se someterá al régimen jurídico vigente de la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos «que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos».

del aprovechamiento urbanístico patrimonializado. La jurisprudencia reitera que el daño debe ser actual y efectivo, no hipotético, de suerte que no se admiten meras especulaciones o expectativas, y, junto a esa circunstancia, el Tribunal Supremo viene manteniendo que la quiebra del principio de confianza legítima constituye «el eje sobre el que gira el examen de las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si hay o no justificación para soportar el daño causado ilícitamente». (71) Este principio está reconocido en nuestra legislación y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (*Sentencia de 26 de enero de 2010, asunto 118/2008, Transportes Generales y Servicios Generales SAL*).

En relación al caso que nos ocupa, relativo a la pérdida manifiesta de rentabilidad de los parques eólicos y de otras instalaciones, tanto por la reducción de las medidas de apoyo como por el aumento de la carga impositiva, podemos extraer las siguientes conclusiones, a tenor de la normativa y jurisprudencia que venimos analizando:

i) Si tomamos a Aragón como ejemplo, cabe recordar que las instalaciones en funcionamiento derivan del ya derogado Decreto 279/1995, de 19 de diciembre, de la Diputación General de Aragón, por el que se regulaba el procedimiento para la autorización de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de la energía eólica en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón. Pues bien, como analizamos en su día, dicho reglamento regulaba un régimen cuasi-concesional, que obligaba incluso a presentar programas de actuaciones de hasta diez años, con la correspondiente estimación de las inversiones a realizar. Dicha situación cuasi-concesional implicaba que los empresarios debían asumir un conjunto de obligaciones y cargas, que no hubieran tenido que soportar en el típico régimen autorizante. Pues bien, dichas situaciones jurídicas pasivas se asumían en un determinado marco regulatorio. Cercenados o aminorados los derechos de ese marco regulatorio, se produce un cambio de la posición jurídica y económica que genera los efectos que ya hemos analizado. A ello hay que unir el desconocimiento de la propia planificación estatal destinada a lograr los objetivos vinculantes reflejados en las Directivas comunitarias. Por tanto, en los tres grandes escalones institucionales que contribuyen a conformar la regulación del sector (el comunitario, el estatal y el autonómico) se emitieron señales inequívocas sobre la expansión de un sector que, súbita e imprevisiblemente, ha visto reducidas sus expectativas de negocio y, lo que es peor, se encuentra con graves dificultades sobrevenidas para amortizar las inversiones ya realizadas.

(71) STS de 10 de mayo de 2012 (ROJ 3636/2012), cuya ponente fue Celsa PICO LORENZO.

ii) La reciente normativa española va en un sentido contrario a la normativa comunitaria y, en especial, a las Directivas 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, y 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. Como hemos analizado anteriormente, dichas directivas planifican una paulatina implantación de las energías renovables. La normativa española se opone a la europea en un doble sentido: por un lado, «prima» las obligaciones derivadas de la financiación del déficit de tarifa, que implica unas ayudas solapadas a las grandes empresas del sector —que ya se beneficiaron de los costes de transición a la competencia—, lo que contraviene el artículo 107 del TFUE; por otro lado, reduce el sistema de fomento de las energías renovables, poniendo en graves riesgo a muchas empresas del sector.

iii) Las energías renovables son discriminadas en relación a otras fuentes de generación del tradicional y subyacente régimen ordinario o convencional y respecto a otras actividades del sector eléctrico. Existen también diferentes regulaciones según los territorios, sobre todo cuando afectan al ámbito extrapeninsular. En consecuencia, se produce la ruptura en la igualdad de las cargas y la discriminación en las ayudas, elementos que conforman el supuesto prototípico que permite sustanciar una acción de responsabilidad por la actuación legislativa del Estado.

iv) La fijación de un «período regulatorio» de seis años en el régimen de retribución específico de algunas fuentes de energías —y, en concreto, de las renovables— supone la imposición de un límite infranqueable a las consecuencias derivadas de la aplicación libérrima del concepto de riesgo regulatorio, de tal modo que una modificación sustancial de los parámetros básicos durante ese período, que es previsible que se produzca, podría implicar la existencia de un supuesto de responsabilidad del Estado-legislador.

v) La jurisprudencia ha sostenido en relación a las primas a las energías renovables que *«los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial no tienen un derecho inmodificable a que se mantenga inalterado el régimen económico que regula la percepción de las primas. Dicho régimen trata, en efecto, de fomentar la utilización de energías renovables mediante un mecanismo incentivador que, como todos los de su género, no tiene asegurada su permanencia sin modificaciones para el futuro»*. (72) Ahora bien, tras esta argumentación dos nociones quedan

(72) Véase al respecto la STS de 9 de octubre de 2007 (ROJ 6315/2007) y cuyo ponente fue Óscar GONZÁLEZ GONZÁLEZ, que recoge la doctrina elaborada en las SSTs de 25 de octubre de 2006 y 20 de marzo de 2007.

claro: la existencia de derechos previos y la posibilidad de modificarlos exclusivamente *pro futuro*. Dicho de otra manera, la posibilidad de alterar el régimen jurídico no puede apoyarse en la retroactividad. Si hay afección a derechos previos y consolidados hay retroactividad y, en consecuencia, responsabilidad el Estado en cuanto legislador. De lo contrario, se derrumbaría el Estado de Derecho como un castillo de naipes, ya que los derechos se convertirían en meros privilegios arbitrariamente concedidos y rescatados por la Administración.

Por otro lado, y como ya hemos comentado con anterioridad, la reforma del sistema eléctrico parece buscar un determinado equilibrio económico-financiero, de tal manera que los drásticos recortes de beneficios que puede acarrear la aplicación del riesgo regulatorio se compensen con la garantía de una rentabilidad razonable. Sin embargo, al prescindir de las obligaciones y cargas que ha generado la relación *cuasi-concesional* del empresario con la Administración, así como al aplicar la retroactividad al cálculo del beneficio razonable, se ha producido una ruptura del otro equilibrio económico-financiero, el que está vinculado a la viabilidad de las empresas (73). En cierto modo, bien podría afirmarse que el empresario que decidió invertir en el sector de las fuentes renovables sacrificó una parte importante de su libertad, consustancial a los sistemas puros de libre mercado, por una relación semi-estatutaria, en la que las normas fijarían derechos y obligaciones en el marco de un sistema en el que se garantizaría siempre un equilibrio económico-financiero.

En ese contexto, no se puede pretender que el legislador goce de un *ius variandi* ilimitado en el contenido y en sus consecuencias, que soslaye cualquier compensación que pueda percibir el destinatario de la norma por la ruptura de un equilibrio económico-financiero tácito que implica a las dos partes que asumieron la necesidad de la implantación de las energías renovables en nuestro país, los empresarios y las Administraciones públicas. Recordemos que, en el marco de la relación contractual que vincula al concesionario con la Administración, el ejercicio de la potestad de modificación del contrato por parte de la Administración conlleva un resarcimiento que alcanza también el concepto de lucro cesante (74).

También deberíamos recordar, una vez más, que ahí donde ha existido una relación *semi-estatutaria*, como en el caso de la normativa reguladora del

(73) Sobre los derechos y obligaciones de los productores en régimen especial, antes de la reforma drástica de 2013, véase CASTELLANOS GARIJO (2012: 138-141).

(74) No deberíamos olvidar tampoco que la deuda contraída por los empresarios del sector con las entidades financieras se aproxima a los 40.000 millones de euros. Tal magnitud solo se explica en la confianza que todos los agentes tenían en el mantenimiento del sistema de ayudas al sector. La ruptura de las reglas del juego inicialmente previstas puede suponer un nuevo quebranto al sistema financiero del país.

estatuto de la propiedad urbana, el legislador tiende a reconocer los derechos generados por el cumplimiento de previas obligaciones y cargas y, cuando no lo ha hecho, una estimable jurisprudencia ha resarcido a quienes vieron mermados sus derechos por los cambios normativos. Con ello se ha intentado respetar el equilibrio al que aludimos.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿ESTAMOS ANTE UN ABSURDO KAFKIANO O ANTE EL TÍPICO ESPERPENTO ESPAÑOL?

El Derecho, como toda manifestación social, se impregna de las virtudes y defectos de la sociedad que lo produce. Se ha dicho que la literatura española ha producido dos géneros propios: la picaresca y el esperpento. Y, aunque no sea propiamente autóctono, también habría que añadir la mística. La normativa que estamos analizando, que supone virar ciento ochenta grados el curso de una política estratégica y fundamental por designios de un Decreto-ley, responde a nuestro gusto por la falta de planificación, la improvisación y la fe inusitada en el poder omnímodo del BOE y demás boletines oficiales (75).

Es cierto que subyace una especie de «pecado original», ese consentimiento de la discrecionalidad, tantas veces trufada de arbitrariedad, que ha caracterizado los procedimientos de autorización de las instalaciones de energías renovables o, con posterioridad, los procedimientos concursales inspirados, presuntamente, en la competencia competitiva. Mas todo ello no merma ni un ápice lo expuesto en el presente trabajo, porque los desvaríos del Estado de Derecho no se subsanan produciendo más desvaríos.

No es osado afirmar que los empresarios de las energías renovables se encuentran en una situación peor que si se hubieran visto afectados por el ejercicio de las potestades sancionadora o expropiatoria. En ambos casos existen garantías económicas, materiales y de procedimiento de las que no gozan los empresarios de este sector para contrarrestar el aluvión

(75) En un libro que recoge una recopilación de artículos que escribí en diferentes medios de comunicación, que no tiene fundamento ni altura jurídica para ser citado en la reseña bibliográfica y que fue publicado por la Diputación Provincial de Zaragoza en 2009 con el título de *El código del buen corrupto*, escribí: «Vivimos en una tierra en que las principales fuentes de negocio son la recalificación del suelo y del aire (energía eólica) y, por tanto, los negocios que se alumbran en las cercanías del poder. Y para completar el aprovechamiento de los cuatro elementos aristotélicos habría que recordar que el agua es un bien público patrimonializado a largo plazo por algunos particulares y que el fuego, otrora fuente de recalificaciones, es hoy una perfecta excusa para la colocación de militantes, simpatizantes y afines en algunos lugares del territorio» (p. 87). Resulta sorprendente el poco espacio que ha ocupado y el poco tiempo que se ha dedicado a la corrupción en nuestra disciplina, salvo honrosas excepciones. Aunque quizá no resulte tan sorprendente.

de normas que han mermado sus derechos. En el ámbito sancionador, las garantías formales pueden ser incluso decisivas para evitar la imposición de la sanción, a pesar de la comisión de la infracción. También cabe recordar que la interposición de las acciones previstas en el ordenamiento jurídico ante una posible existencia de una vía de hecho puede paralizar la actuación administrativa destinada a privar de la propiedad o de algunos derechos al ciudadano. Por cierto, este siempre puede instar que el cálculo del justiprecio alcance el valor real del bien o derecho que se le expropia, sin merma alguna.

Sin la existencia de procedimiento administrativo alguno, estos empresarios ven reducidas no solo sus expectativas de negocio sino también sus derechos por unas normas con rango de ley que no pueden recurrir directamente. Los recursos contencioso-administrativos contra sus actos de aplicación se demorarán en el tiempo, porque se requerirá, entre otras cuestiones, la intervención del Tribunal Constitucional, cuya metodología de enjuiciamiento de una norma o de reconocimiento de derechos nada tiene que ver con la de los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Estos últimos también se encuentran limitados en el enjuiciamiento de las normas reglamentarias, que únicamente pueden declarar nulas, lo que remite nuevamente el asunto al ámbito de las potestades discrecionales de la Administración. Las expectativas de resarcimiento en el ámbito judicial parecen lejanas, dudosas y, en el mejor de los casos, incompletas.

Y todo ello resulta más grave cuando bien puede afirmarse que asistimos, a tenor de lo dicho a lo largo de todo el trabajo, a la decadencia del principio de legalidad por la vulnerabilidad del principio de seguridad jurídica, a la proliferación de disposiciones provisionales que soslayan derechos previos adquiridos, al crecimiento exponencial de la potestad reglamentaria en todos sus escalones y por debajo de ellos, al deliberado desconocimiento de la fragmentación del ordenamiento jurídico, a la generalización de una pésima técnica legislativa, a un déficit de financiación que viene acompañado de un superávit normativo, a un inaudito incremento de las potestades discrecionales que son ejercitadas con grandes dosis de arbitrariedad, a la imposibilidad de obtener de manera inmediata una tutela judicial efectiva —que, de alcanzarse alguna vez, sería en un momento en el que perdería gran parte de su significado— y, en suma, a la crisis del concepto de interés general, difuminado en medio de todo este caos.

A todo ello hay que unir una extemporánea aplicación jurisprudencial de la doctrina del «riesgo regulatorio», que tenía sentido en los inicios del proceso de liberalización del sector y en un sistema copado por los monopolios territoriales. Por cierto, y como apuntan algunas sentencias ya citadas, esta teoría alcanza todo su significado cuando las empresas están «*en condiciones*

idóneas para prever la evolución futura de aquel régimen jurídico». Pero esta afirmación no debe aplicarse a las pequeñas y medianas empresas, que no pueden acceder a los grandes «cenáculos» del poder y, en consecuencia, prever con la suficiente antelación los vertiginosos cambios normativos.

El resultado final es una incertidumbre, rayana con la indefensión. Algo que no dista mucho en las formas del proceso kafkiano y, en el fondo, del típico esperpento español, en el que los espejos pueden pasar de cóncavos a convexos por decisión del Consejo de Ministros.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN GARCÍA, Joaquín (2014), *Estado y soberanía. Conceptos políticos fundamentales*, Madrid, Alianza editorial, pp. 338.
- ALONSO GARCÍA, M^a Consuelo (1999), *La responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador*, Madrid, ed. Marcial Pons, pp. 178.
- (2002), «La reciente jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador frente a daños derivados de leyes inconstitucionales», en *Revista de Administración Pública*, núm. 157, pp. 215-240.
- ARANA GARCÍA, Estanislao (2013): «Uso y abuso del Decreto-Ley», en *Revista de Administración Pública*, núm. 191, pp. 337-365.
- BACIGALUPO SAGGESE, Mariano (2011), «El respeto al principio de seguridad jurídica en la regulación del régimen retributivo de las energías renovables», en *Revista Otrosí* (5^a época), núm. 6, pp. 17-24.
- BERMEJO VERA, José (1984), «El interés general, como parámetro de la jurisprudencia constitucional», en *Revista Vasca de Administración pública*, núm. 10 (II), pp. 103-138.
- CASTELLANOS GARIJO, María de los Llanos (2012), *Régimen jurídico de la energía eólica: los procedimientos de autorización de los parques eólicos y su acceso y conexión a la red*, Alcalá de Henares, Servicio de publicaciones de la Universidad de Alcalá, pp. 313.
- CASTRO-GIL AMIGO, Juan (2012), «Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012: o la indefensión de los canijos», en *Diario La Ley*, núm. 7895, pp. 22-26.
- COMELLA DORDA, Rosa (1997), *Límites del Poder Reglamentario en el Derecho Administrativo de los Estados Unidos: evolución de los modelos tradicionales, control judicial y técnicas de negociación*, Barcelona, Cedecs, pp. 104.
- DE LA CRUZ FERRER, Juan (1999), *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico: modelos y análisis de la Ley 54/1997*, Madrid, Marcial Pons, pp. 503.

- DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo (2012), «Seguridad jurídica y cambios regulatorios», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 156, pp. 217-254.
- DELGADO PIQUERAS, Francisco (2011), «El marco jurídico de la política energética europea, con especial referencia a la «electricidad verde», en *Estudios de la Unión Europea*, Toledo, Centro de Estudios Europeos de la UCLM, pp. 393-456.
- DELGADO PIQUERAS, Francisco y GARRIDO CUENCA, Nuria (2010), «El régimen de aprovechamiento de la energía eólica en Castilla-La Mancha», en *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, núm. 21, 27 pp.
- DÍAZ DE LA CRUZ, María (2009), *Las energías renovables en el sistema eléctrico español*, tesis de Máster, Universidad Pontificia de Comillas, pp. 246.
- DÍAZ DE MERA RODRÍGUEZ, Ana (2011), «Gobierno de la crisis. Uso y abuso del Decreto-Ley», en *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 24, pp. 137-178.
- DOMINGO LÓPEZ, Enrique (2000), *Régimen jurídico de las energías renovables y la cogeneración eléctrica*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 397.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (1998), *De la arbitrariedad del legislador: una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, pp. 172.
- GALÁN VIOQUE, Roberto (2001), «De la teoría a la realidad de la responsabilidad del Estado legislador», en *Revista de Administración Pública*, núm. 155, pp. 285-329.
- GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel (1999), «Régimen jurídico de la utilización de la energía eólica en Aragón», en esta REVISTA, núm. 15, pp. 259-279.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1989): «Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las Leyes inconstitucionales», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 61, pp. 5-18.
- (2002), «El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador», en *Revista de Administración Pública*, núm. 159, pp. 173-206.
 - (2003), «La inexistencia de jurisdicción en los Tribunales contencioso-administrativos para decidir acciones de condena contra el legislador», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 117, pp. 95-112.
 - (2005), *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*, Madrid, Civitas, pp. 290; 2ª ed., 2007.
 - (2009), *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, Thomson-Civitas, 6ª ed., pp. 346.

- GIMÉNEZ CERVANTES, José (2010), «El régimen jurídico-administrativo de las energías renovables», en *Tratado de Energías Renovables*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi (Thomson Reuters), pp. 79-118.
- GIMENO FELLIÚ, José María y SANAÚ VILLARROYA, Jaime (2001), «Liberalización del sector eléctrico y sus consecuencias en Aragón. (Diversificación del negocio, escisión e integración de las actividades de ERZ en ENDESA)», en esta REVISTA, núm. 18, pp. 67-111.
- GÓMEZ LUGO, Yolanda (2013), «Decreto Ley versus Ley parlamentaria: Notas sobre el uso de la legislación de urgencia», en *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, núm. 4, pp. 102-117.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2010), *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Cizur Menor, Civitas (Thomson Reuters), 5ª ed., pp. 766.
- GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (2011), *Régimen jurídico-administrativo de las energías renovables y de la eficiencia energética*, Cizur Menor, Aranzadi (Thomson Reuters), pp. 375.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (1994), «El Derecho ambiental como Derecho de la función pública de protección de los recursos naturales», en *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 13, pp. 37-57.
- (2011), «El principio de no regresión en la desclasificación de los espacios naturales protegidos en el Derecho español», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 20, pp. 13-27.
- LÓPEZ SAKO, Masao Javier (2008), *Regulación y autorización de los parques eólicos*, Cizur Menor (Navarra), Civitas (Thomson Reuters), pp. 636.
- LUCAS DURÁN, Manuel (Dir.) (2013), *Fiscalidad y energías renovables*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi (Thomson Reuters), pp. 830.
- MESTRE DELGADO, Juan Francisco (2004), «La responsabilidad del Estado legislador», en *Cuadernos de Derecho judicial*, núm. 2, pp. 97-180.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (1998), *Servicio público y mercado. Tomo IV. El sistema eléctrico*, Madrid, Civitas, pp. 203.
- PRIEUR, Michel (2011), «De l'urgent nécessité de reconnaître le principe de «non régression» en droit de l'environnement», en *IUCN Academy of Environmental Law e-Journal Issue 2011 (1)*, pp. 26-40.
- RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio (2001), «El fomento de las energías renovables: medio ambiente y mercado», en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 42, pp. 167-189.
- RODRÍGUEZ BAJÓN, Santiago (2012), «El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites», en *Revista de Administración Pública*, núm. 188, pp. 189-205.

- RUBIO LLORENTE (1988), «La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22, pp. 9-51.
- RUIZ OLMO, Irene (2014), «Las renovables ante los recientes cambios normativos: el episodio jurisprudencial del RD 1565/2010, que modifica la tarifa retributiva de la energía fotovoltaica», en *Actualidad Jurídica Ambiental*, 3 de marzo de 2014, pp. 1-28.
- RUIZ VIEYTEZ, Eduardo J. (2004): «Lenguas oficiales y lenguas minoritarias: cuestiones sobre su estatuto jurídico a través del derecho comparado», en *II Mercator International Symposium: Europe 2004: A new framework for all languages?*, Tarragona, pp. 1-30.
- TORRES LÓPEZ, María Asunción y ARANA GARCÍA, Estanislao (Dir.) (2010), *Energía eólica: cuestiones jurídicas, económicas y ambientales*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi (Thomson Reuters), pp. 493.